
PERSONA Y DERECHO

REVISTA DE FUNDAMENTACIÓN DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS Y DE DERECHOS HUMANOS
2012** / NÚMERO 67 (JULIO-DICIEMBRE)

Mary Ann GLENDON

La soportable levedad de la dignidad

[The bearable lightness of dignity]

253-262

Emilia BEA

La narración femenina de la guerra y el despertar de la conciencia pacifista

[Feminine narration of war and the awakening of pacifist conscience]

263-290

Francesco BIONDO

El sueño roto de la ciudadanía europea y el lado oscuro de la gobernanza

[The broken dream of the European citizenship and the dark side of governance]

291-314

Francisco CARPINTERO

¿Pueden las teorías sobre la justicia sustituir a la doctrina de la ley natural?

[Can the theories of justice replace the doctrine of natural law?]

315-352

Carlos I. MASSINI-CORREAS

Entre reduccionismo y analogía. Sobre el punto de partida de la filosofía del derecho

[Between Reductionism and Analogy. On the Starting Point of Philosophy of Law]

353-385

Luis ORTIZ SÁNCHEZ

Revolución e intervención en Libia. Una interpretación desde la teoría de la guerra justa

[Revolution and intervention in Libya. And interpretation from the perspective of the just war theory]

387-410

Juan B. ETCHEVERRY

El ocaso del positivismo jurídico incluyente

[The decline of Inclusive Legal Positivism]

411-447

RECENSIONES

NEGRO PAVÓN, Dalmacio, *El Mito del Hombre Nuevo* / [Carolina Pereira] / 517 // CIANCARDI, Juan *et. al.*, *Razón jurídica moral. Estudios sobre la valoración ética en el Derecho* / [Luciano Damián Laise] / 522 // ETCHEVERRY, J. B. / SERNA, P. (eds.), *El caballo de Troya del positivismo jurídico. Estudios críticos sobre el Inclusive Legal Positivism* / [Aitor Rodríguez Salaverría] / 528 // DE PRADA, Aurelio, *Individuos y reyes. Una síntesis entre confucianismo y derechos humanos* / [José Antonio Santos] / 533 // AA.VV., *Virtue Jurisprudence* / [Carlos I. Massini-Correas] / 537 //

Normas para envío de originales

543

¿Pueden las teorías sobre la justicia sustituir a la doctrina de la ley natural?

Can the theories of justice replace the doctrine of natural law?

RECIBIDO: 2012-06-22 / ACEPTADO: 2012-07-29

Francisco CARPINTERO

Universidad de Cádiz

francisco.carpintero@uca.es

Resumen: Desde el siglo XVII a hoy hemos perdido de vista a la justicia, que ha quedado reclusa en “Teorías de la justicia”. Durante la Modernidad, estas teorías se presentaron bajo formas de sistemas de Derecho natural, y hoy como teorías sobre la justicia. El Autor indica que estas teorías han revestido históricamente la forma de síntesis a priori o definiciones genéticas en las que los axiomas puestos inicialmente llevaban en sí, insilogizados, los factores suficientes para su desarrollo axiomático, de forma que, al final del proceso de cada teoría de este tipo sólo nos encontramos con simple analiticidad.

Palabras clave: Persona en el derecho, Teorías de la justicia, Constructos racionalistas, Empirismo en el derecho, Sistemas jurídicos, Lógica binómica, Necesidades humanas y derecho.

Abstract: Since the seventeenth century we have lost sight of justice, which has been confined within the “theories of justice”. Throughout Modernity, these theories were presented under the guise of Natural Law Systems and, they continue to be so, today, as theories on justice. The author indicates that these theories have historically disguised the form of synthesizing, a priori, nuclear definitions in which the initially proposed axioms were sufficient for posterior development. In this paper the author presents a review of that situation, with special attention to its historical genesis.

Key words: theories of justice, natural law, rationalism, empirism, legal systems.

Nuestra cultura está dividida, no sólo en temas más prácticos, como son el aborto o la eutanasia, sino también en otros más abstractos, como son la admisión de los momentos ontológicos en los razonamientos jurídicos o la afirmación de la condición personal del ser humano. Hay una estrecha correlación entre estos temas más abstractos y los más concretos: ningún defensor del aborto defiende en principio la personalidad del hombre. Existen dos actitudes últimas en este tema; una es la de los que mantienen de alguna forma la existencia de una ley natural propiamente jurídica y afirman

que el ser humano es una persona y que, desde este carácter personal, surgen sus derechos básicos. La otra actitud es la de los que se niegan a reconocer la existencia de la ley natural; la actitud de este segundo grupo es algo paradójica, porque de hecho niegan la índole personal del ser humano pero entienden que los derechos existen, aunque no sabemos por qué; mantienen que el consenso existente de hecho en torno a ellos es suficiente para afirmar su validez. En el marco de este segundo grupo han aparecido diversas teorías sobre la justicia –pensemos en Habermas o Rawls– que tienen en común su igual negación (o no mención) de la cualidad personal del hombre y la sustitución de la personalidad de los hombres por construcciones racionales que normalmente están basadas en la igualdad de los sujetos. Resultaría así que los hombres deben sus derechos a teorías o razonamientos que les atribuyen esos derechos en virtud de las exigencias de la igualdad de los individuos; unos razonamientos que tratan a los seres humanos ‘como si’ fueran personas, pero sin afirmar que lo sean.

Esta contradicción vuelve especialmente difícil cualquier discurso sobre los fundamentos de los derechos del hombre. Andrés Ollero escribió en cierta ocasión, en una frase que ha devenido clásica, que el tratamiento de los derechos humanos compone un tema que siempre está a medio camino entre el mitin y la homilía¹. No se trató de una expresión simplemente ingeniosa, porque en este tema son ciertas dos cosas: una, que bastantes de los defensores actuales de estos derechos no pueden encontrar un fundamento suficiente para expresar que todos tenemos derecho a la vida; porque desde su materialismo, acompañado por el fenomenismo epistemológico que sigue a toda filosofía materialista, *no pueden* distinguir a las personas de los otros seres vivos que existen; y la otra, que tales derechos constituyen hoy, de hecho, el fundamento de nuestra cultura política y de buena parte del derecho que todos vivimos cotidianamente. Esto es, hay que fundamentar un hecho muy real, como es la dignidad del hombre, en algo (la cualidad personal de los seres humanos) que algunos mantienen que carece de la realidad que sí poseen los hechos de la cotidianidad que han de ser afirmados y regulados.

Tenemos hoy teorías sobre la justicia, pero con estas limitaciones señaladas. Algunos nos quedamos inquietos porque no entendemos cómo

¹ Vid., entre otros lugares, *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Edersa, Madrid, 1982, p. 127.

se pueden afirmar y defender las manifestaciones de las personas echando manos de *teorías* más o menos axiomáticas. Pues uno es el momento para axiomatizar –como hacen en las Facultades de Ciencias Exactas– y otro es el momento para que nos tomemos en serio unos a otros. De hecho, Kelsen, que fue el gran teórico positivista del siglo XX, hubo de *deducir* a las personas en el derecho desde su teoría sobre las normas jurídicas; era tal la prevalencia que él atribuía al cuerpo de normas que existía autónomamente, que hubo de declarar que las personas solamente constituían (en la Teoría del Derecho) un concepto secundario o auxiliar (*Hilfsbegriff*), ya que el ordenamiento jurídico podía ser explicado desde el solo conjunto de las normas sin necesidad de recurrir a esos elementos extraños como eran las personas; éstas, según Kelsen, únicamente constituían un punto de ‘atribución’ (*Zuschreibung*) de un sector del orden jurídico². Resultaba así, impecablemente desde el rigor lógico de su teoría, que los judíos en el III Reich solamente componían uno de los puntos de atribución de un sector del cuerpo estatal de normas jurídicas.

Jellinek, en un raro alarde de sinceridad, explicaba a comienzos del siglo XX que existen dos actitudes ante los temas más básicos de la convivencia: la cristiana y la atea³, y que estas actitudes determinan las explicaciones sobre el derecho y el Estado. Ahora no trato de convertir este estudio en un tema confesional, pero es necesario tomar en serio esta observación de Jellinek porque es innegable que las actitudes últimas determinan pesadamente lo que podamos escribir sobre los fundamentos del derecho.

Ya que jugamos con la intención de no hacer trampas, hay que poner las cartas claramente sobre la mesa. Hablo de la doctrina de la ley natural, y he de advertir al lector que han existido tres doctrinas iusnaturalistas distintas en el interior de la Escolástica. Una, la más antigua, ha sido la de los Nominales, y se mostró claramente en Juan Duns Scoto en el siglo XIV, y fue ampliamente

² Kelsen dedica el parágrafo 23 de su *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Wien, 1960, al tema del *Rechtssubjekt-Person*.

³ Georg Jellinek escribía que “Eine flüchtiger Blick in die Literatur lehrt, dass eine und dieselbe und daher aufhebende Ursache zurückgeführt wird. So ist dem Eine moderne Kultur eine christliche, also ein Produkt des christlichen-religiöse Geistes, während der andere in die Ueberwindung der religiösen durch die naturwissenschaftliche Nitchs als Ergbeniss ungeheurer sociales Menschenwirkungen”. *Das Recht des modernen Staates*, Erster Band, Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1900, p. 85.

recogida en el siglo siguiente por personajes extraordinariamente influyentes, como fueron Juan de Gerson, Conrado de Summenhart, Jacobo Almain o Gabriel Biel. Otra doctrina sobre la ley natural ha sido la tomista, poco conocida y que tuvo una vida tan azarosa como corta⁴. Finalmente aparecieron las explicaciones de los jesuitas españoles en el cambio de los siglos XVI al XVII. Tal fue el caso de Gabriel Vázquez de Belmonte, Luis de Molina y Francisco Suárez; esta teoría fue rematada, años más tarde, por Juan de Lugo, que fue el primer filósofo, o teólogo, que mantuvo expresamente que el derecho a la propiedad privada es un derecho natural individual. Este tercer grupo de autores mantuvo una doctrina metafísica extremadamente rígida y pobló la filosofía moral de esencias racionales tan eternas como inmutables. Desde el siglo XVII a hoy se ha considerado por lo general que ésta es la teoría sobre la ley natural que ha de ser aceptada por un cristiano⁵.

A partir del siglo XVII comenzó la Escuela Moderna del Derecho Natural. Algunos autores han apuntado a un jurista español, Fernando Vázquez de Menchaca, como su iniciador⁶. Durante algún tiempo se ha considerado que este nuevo jusnaturalismo vino a la vida de la mano de Hugo Grocio, hacia 1625: pero la obra de este holandés depende de las de los jesuitas mencionados antes y de la de Vázquez de Menchaca⁷. Más tarde (1670) apareció el “De jure

⁴ Sobre la doctrina tomista vid. el estudio de BASTIT, M., *Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suárez*, Paris, 1990. También mis estudios “Tomás de Aquino ante la ley natural”, en *Dikaioyne*, 8 (2002), 11-60; “Los principios de la justicia en Tomás de Aquino”, en *Ars Juris* (Universidad Panamericana, México D.F.), 29 (2003), 13-117. Expuse más detenidamente las bases antropológicas de esta visión del hombre y la naturaleza en “Dos nociones históricas de libertad”, en *Philosophica* (Valparaíso, Chile), 27 (2004), 67-108; “La *adaequatio hermeneutica* en Tomás de Aquino”, en *Philosophica*, 35 (2009), pp. 95-120.

⁵ Vid. mis estudios *Justicia y ley natural: Tomás de Aquino, y los otros escolásticos*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2004, o bien “El desarrollo de la facultad individual en la Escolástica”, en F. CARPINTERO (ed.), *El derecho subjetivo en su historia*, Universidad de Cádiz, 2003.

⁶ Así, REIBSTEIN, E., *Die Anfänge des neuen Natur- und Völkerrechts. Studien zu den “Controversiae Illustres” des Fernandus Vasquius*, Bern, 1949. Del mismo autor, *Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca. Ideengeschichte des Rechtsstaates und zur altprotestantischen Naturrechtslehre*, Karlsruhe, 1955. Vid. mi estudio *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Universidad de Salamanca, 1977.

⁷ KALTENBORN, K., *Die Vorläufer des Hugo Grotius auf dem Gebiete des Ius naturae et Gentium sowie der Politik in Reformationszeitalter*, Leipzig, 1848. Aunque este estudio permaneció muy en solitario durante casi un siglo. Un nuevo intento fue, bastante más tarde, el de Joseph Koehler, *Die spanischen Naturrechtslehrer des 16. Jahrhunderts*, en “Archiv für Rechts und Wirtschaftphilosophie” X (1916-17).

naturae et Gentium” de Samuel Pufendorf, otro autor también poco original, por el mismo motivo⁸. Las actitudes se dividieron en el interior de esta Escuela Moderna, y unos siguieron un camino materialista y consiguientemente fenomenista según las trazas que había marcado Thomas Hobbes. Otros fueron menos adictos al materialismo y partieron desde los individuos aislados en el estado de naturaleza que tienen derechos naturales que peligran en tal estado y que por esto ha de construir la sociedad política, y escribieron sobre tales derechos naturales, del contrato por el que se funda la sociedad etc. Este segundo grupo de autores compuso un agregado muy equívoco: unos creían sinceramente en los derechos del hombre (porque entendían que todo ser humano es una persona) y otros únicamente creían en las exigencias de la igualdad individual traspuestas al plano jurídico. Hasta avanzado el siglo XVIII, los materialistas no se manifestaron expresamente como tales porque aún estaban muy activas las censuras de los Reyes y del Káiser.

Obviamente hay que añadir otro de los nervios de la Escuela del Derecho Natural Moderno a las tres corrientes escolásticas mencionadas. Cuando hablo de la doctrina de la ley natural me refiero a la tomista; me refiero a las teorías empiristas que arrancaron desde Hobbes. Dejo tranquilos a los otros autores, sean escolásticos o no.

LOS POSITIVISTAS, LASTRADOS POR SUS BASES EMPIRISTAS

Desde Hobbes a hoy, unos filósofos se han refugiado en el empirismo, y otros han seguido caminos distintos. Ha sucedido que al comenzar el siglo XX, la teoría de la ciencia –también la del derecho– se deslizó descaradamente hacia el empirismo, y aparecieron los empiristas escandinavos: ahí han estado las obras de Lundstedt, Hägerström, Olivecrona o Ross. Pero estas actitudes deshacían los fundamentos del Estado, y el Estado ha tenido muchos amigos en el siglo XX. Kelsen, huyendo del empirismo y buscando reafirmar el positivismo legal (pues *prima facie* el positivismo y el empirismo han sido realidades doctrinales distintas), hubo de buscar la extraña figura del ‘Deber-ser’ como una constante necesaria del psiquismo humano; para ello se remitió a algunas de las enseñanzas de los neokantianos de aquel momento, que aún hablaban de los principios

⁸ Vid. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la filosofía del derecho clásica y moderna*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 262-282.

a priori del Entendimiento, aunque (parece) en un sentido algo apartado de Kant. Kelsen montó –desde su base epistemológica inicialmente relativista– la estructura del positivismo dominante en el siglo XX⁹. Pues los empiristas y los positivistas, a pesar de sus divergencias, han coincidido en su relativismo ético.

Como después de 1945 los filósofos del derecho tenían mala conciencia, algunos de ellos rectificaron algo las bases positivistas y se lanzaron a exponer doctrinas sobre la justicia. Aparecieron entonces corrientes hermenéuticas y neojusnaturalistas. Las doctrinas hermenéuticas han sido expuestas en España por el admirador más destacado de Arthur Kaufmann, otra vez Ollero¹⁰; los nuevos jusnaturalismos fueron historiados por Rodríguez Molinero¹¹, y parece preferible ahora –por razones de economía expositiva– dejar de lado estas vertientes de la Filosofía del Derecho. Interesan más en este momento los filósofos del derecho que, desde bases relativistas, han propuesto más tardíamente algunas teorías sobre la justicia. Estas teorías han estado representada en el Continente ante todo por Apel y Habermas, y en tierras americanas, por John Rawls. Es patente que muchos de los nuevos teóricos de la razón práctica quedan sin mencionar en este momento; pero es preferible, en esta exposición sucinta, dejar de lado a los de la Escuela de Erlangen, a Buchanan y Nozick, y a tantos otros que hablaron tanto de la razón práctica que finalmente consiguieron que el estudio de esta razón llegara a ser una cosa bastante poco práctica.

Los propugnadores de teorías nuevas sobre la justicia son relativistas en la moral, y para suplir la ausencia de una base ontológica que les permita afirmar que somos ‘personas’ (la noción máximamente metafísica) han propuesto teorías conceptuales a las que podemos llamar *constructos* si ése es nuestro gusto. El que usa constructos para acceder a su objeto de estudio, cae bajo el reproche de lo que Ferdinand Gonseth llamaba *philosophies nécessaires*¹², por-

⁹ Antes, algunos autores del siglo anterior, como Austin o Holland, habían iniciado la *Analytical School*, que producía la ciencia nueva de la *Jurisprudence*, que había de mostrar las estructuras lógicas necesarias del derecho positivo. En la Alemania decimonónica se estaba desarrollando la doctrina de los *Allgemeine Grundbegriffe*. Pero Kelsen fue sin duda alguna, el mejor notario de las vivencias de buena parte del siglo XX sobre el derecho.

¹⁰ Expuso estas ideas fundamentalmente en sus primeras obras, *Derechos humanos y metodología jurídica*, C.E.C., 1989, o en *Interpretación del derecho y positivismo legalista*.

¹¹ Vid. “Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1973.

¹² Vid. “Mon itinéraire philosophique”, *Dialectica*, XX (1966), pp. 419 y ss. Este autor mantiene que el empirismo lógico fue un ejemplo de *philosophie nécessaire*, ya que extendió una amplia

que ha de ceñirse a las limitaciones imperadas por una filosofía anterior que prejuzgan ya la solución¹³. Pues cuando es imposible el conocimiento ‘directo’ de un objeto que quiere sin embargo ser afirmado, como es por ejemplo el derecho a la vida de todos los seres humanos, estos universitarios suelen idear cuerpos de conceptos que tratan de ser coherentes, y mantienen que esos conjuntos de teoremas componen los únicos esquemas que han de mediar entre el objeto estudiado y la racionalidad del hombre. Habermas y Apel son especialmente conscientes de la insuficiencia de sus bases inicialmente empiristas para hablar siquiera de los derechos; con cierta honestidad explican que han de incurrir en una petición de principio¹⁴, y mediante este asumir su contradicción inicial –un recurso retórico– convierten sus primeros datos afirmadamente fenoménicos en cuasi-noúmenos posteriores. Rawls no es tan sincero, y en su segunda obra, “Liberalismo político”, trata de corregir el determinismo psicológico sobre el que había montado la primera versión de su Teoría de la Justicia, y recurre ahora al tono enérgico propio de un predicador dominical.

tautología sobre los objetos que los neoempiristas creyeron que estaban bajo su jurisdicción, basándose en una instancia automática de legitimidad. Vid. “L’idée de dialectique aux Entretiens de Zurich”, en *Dialectica*, I (1947), p. 31.

- ¹³ Desde luego, es necesaria una búsqueda de otra naturaleza para que la búsqueda científica disponga de fundamentos. Pero es preferible valorar más la actitud de Galileo, por ejemplo, que procedía a constantes verificaciones de lo que inducía observacionalmente.

Estamos ante ámbitos diversos cuya diversidad no cabe desconocer en nombre de una intuición que nos llevara a conocer directamente las realidades nouménicas o metafísicas, tal como pretendían Luis de Molina o Francisco Suárez. También los científicos en menor medida metafísicos, explican que es preciso distinguir un ámbito de presentación (las estrellas tal como las vemos en el cielo) de un ámbito de objetividad, que vendría constituido por la profundidad del espacio. Vid. SAUMELLS, R., *La geometría euclídea como teoría del conocimiento*, Rialp, Madrid, 1970, pp. 57-58. La profundidad del espacio: ¿existe ‘realmente’, o no es más que un postulado deducido desde una intuición más hincada en la base racional y discursiva propia de la psique humana? Parece que nadie está en condiciones de responder a esta pregunta.

- ¹⁴ Lo más sensato que encuentro sobre este problema es la observación de A. MacIntyre: “Si los que pretenden poder formular principios con los que cualquier agente racional estaría de acuerdo, no pueden asegurar este acuerdo para la formulación de aquellos principios básicos por parte de unos colegas que comparten su propósito filosófico básico y su método, hay una evidencia, una vez más, *prima facie*, de que el proyecto ha fracasado”. *Tras la virtud*, trad. de A. Valcárcel, Crítica, Barcelona, 1987, p. 37.

Efectivamente, los itinerarios de Habermas y Rawls son distintos, porque Rawls –individualista, como anglosajón que es– pretende que cada individuo eleve sus motivos de satisfacción hasta caer bajo la exigencia de una ley general, y Habermas parte sin más desde la normación que establece el diálogo ideal. Pero Habermas comienza su desacuerdo no con otros colegas que comparten sus tesis filosóficas básicas, sino consigo mismo al tratar de cohonestar sus bases empiristas con el nómeno de base lingüística que él propone.

Si aquellos alemanes recurren al mitin, Rawls se apunta sin duda al género homilético. Lleva razón Ollero.

Hay investigadores que son personas respetuosas con los demás, pero que tienen miedo a ser tachados de jusnaturalistas o fundamentalistas. (¿Qué se puede entender hoy por jusnaturalista?). Esta actitud les lleva a ser ‘políticamente correctos’ y, por tanto, a dirigir sus miradas directamente hacia algún tipo de constructo, sea el de Habermas, o el de Rawls. Desde estos conjuntos axiomáticos *deducen* los derechos de los seres humanos, siempre siguiendo los resultados prácticos de la aplicación de alguna variante de la regla de la igualdad aritmética o geométrica; pues la razón humana, cuando quiere partir solamente desde sí misma y emanciparse de los datos ya dados, sean ontológicos sean teológicos, sólo dispone de las exigencias de la igualdad según esquemas binómicos. Comprobamos este hecho si examinamos las teorías de la justicia desde el siglo XVII a hoy: ésta es una limitación lacerante de la racionalidad que pretende ser autónoma en cuanto racional, esto es, en cuanto instancia autosuficiente que no quiere pedir nada en préstamo a un plano de la realidad que no aparezca *prima facie* como constitutivo de la racionalidad del hombre en cuanto hombre.

Esta última frase es equívoca, y procedo a matizar: hay tendencias que son propias del hombre en cuanto que hombre, como es tener sed, y tanto se puede tener sed de agua como de Dios: en realidad, nada impide considerar que Dios es otro fin natural del hombre. Tomás de Aquino explicó que el orden de los preceptos de la ley natural sigue el orden de las inclinaciones naturales del hombre; la primera inclinación, que la posee en común con todo tipo de seres, es la tendencia a conservar la vida; la segunda inclinación es el grupo de tendencias que tiene en común con los animales, como es la unión del macho con la hembra; y el tercer grupo de inclinaciones está constituido por las tendencias propias de su naturaleza racional, como es el deseo de conocimiento y máximamente el deseo de conocer a Dios¹⁵. Desde el punto de vista

¹⁵ En *Suma teológica*, I-II, q. 94, art. 2 escribe: “Quia vero bonum habet rationem finis, malum autem rationem contrarii, inde est quod omnia illa ad quae homo habet naturalem inclinationem, ratio naturaliter apprehendit ut bona, et per consequens ut opera prosequenda, et contraria eorum ut mala et vitanda. Secundum igitur ordinem inclinationum naturalium, est ordo praeceptorum legis naturae. Inest enim prima inclinatio hominis ad bonum secundum naturam in qua communicat cum omnibus substantiis: prout scilicet quaelibet substantia appetit conservationem sui esse secundum suam naturam. Et secundum hanc inclinationem, pertinet ad legem naturalem ea quae per vitam hominis conservantur, et contrarium impeditur. Secundo inest homini

de una comprobación rigurosamente psicológica o sociológica, el de Aquino lleva razón en su descripción de las tendencias naturales del hombre. Pero el pensamiento que consideramos pone a priori una condición para el estudio de la realidad humana, a saber, que lo humano ha de seguir un tono radicalmente laico. Los autores que piensan así siguen aún bajo la influencia del pesado materialismo científico del siglo XVIII.

UNA CONDICIÓN IMPRESCINDIBLE: LA UNIFORMIDAD Y HOMOGENEIDAD DE LA MATERIA A EXPLICAR

Rawls y Habermas nos presentan a un grupo de hombres reunidos en un diálogo ideal y permanente; es ideal porque todos los dialogantes tienen las mismas oportunidades para hablar, y desde esta situación de simetría tratan de obtener la (única) regla a priori procedimental de su teoría sobre la justicia. Sus obras sólo exhiben seres sin rostros –ni funciones o necesidades propias, individuales o personales– pero que están sometidos a las reglas del lenguaje ideal, o que son capaces de calcular las consecuencias de sus decisiones y de desear para sí las situaciones que sean lo menos malas posibles suponiendo que tales condiciones sean iguales para todos¹⁶. Lo razonable sería pensar cómo es posible hablar de derechos sin referirse a las personas. Apel –el teórico quizá más paradigmático del Continente– mantiene que hemos de respetar los derechos de los demás para no romper la igualdad¹⁷; pero es difícil entender cómo

inclinatio ad aliqua magis specialia, secundum naturam in qua comunicat cum ceteris animalibus. Et secundum hoc, dicuntur ea esse de lege naturali “quae natura omnia animalia docuit”, ut est coniunctio maris et foeminae, et educatio liberorum, et similia. Tercio modo inest homini inclinatio ad bonum secundum naturam rationis, quae est sibi propria: sicut homo habet naturalem inclinationem ad hoc quod veritatem cognoscat de Deo, et ad hoc quod in societate vivat. Et secundum hoc, ad legem naturalem pertinent ea quae ad huiusmodi inclinationem spectant: utpote quod homo ignoratiam vitet, quod alios non offendat cum quibus debet conversari, et cetera huiusmodi quae ad hoc spectant”.

¹⁶ Plantea problemas pensar cómo un sujeto abstracto puede desear lo que es menos malo para él. En Andalucía, las procesiones de la Cofradías en la Semana Santa constituyen el evento anual más deseado, ni siquiera superado por las Ferias. En el norte de España viven la Semana Santa de otro modo. Estos dos grupos nunca se han puesto de acuerdo, en este punto, sobre lo bueno y, por tanto, sobre lo menos malo para ellos. Si este hecho constituyera un problema aislado, que no fuera representativo de los problemas éticos centrales, no merecería ser mencionado.

¹⁷ Vid., CORTINA, A., *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria. Ética y política en K.O. Apel*, Sígueme, Salamanca, 1985.

una figura matemática o geométrica, como es la igualdad, puede aspirar a la universalidad total en el momento de normar las vidas humanas¹⁸. Cabalmente es imposible hablar de teorías de la justicia sin hundir los razonamientos en las personas, pero es preciso tener a la vista la advertencia clásica: *Homines, qui metuunt facilia et sperant impossibilia...*

Hablo del desconocimiento de dos hechos: de las personas como personas, y de las distintas situaciones en las que vivimos: pues como persona reclamo mi libertad al filo de los distintos momentos que vivo, es decir, exijo libertad de movimientos, de expresión, etc., y según las situaciones en las que estoy veo que unos son mis derechos cuando me considero como profesor, y otros son estos derechos cuando me contemplo como padre. Es decir, mis cualidades son distintas según el lugar y el tiempo. El materialismo no puede reconocer diferencias cualitativas porque, como indicaba Knapp, “Todo es uno: no hay diferencias últimas”¹⁹. Una tesis que completaba Jhering al indicar que “La materia se añade a la materia, y sólo existe un progreso en lo que es cuantitativo, no en lo cualitativo”²⁰.

Para no caer en las insuficiencias del materialismo aparecieron los autores *personalistas*, que han insistido en la cualidad personal del ser humano. Pero no parece que sus propuestas hayan formado un camino enteramente transitable porque desde la majestuosa representación de unos seres irrepetibles en la historia, cada uno de los cuales porta en sí la dignidad de toda la humanidad, es difícil hablar de los derechos. John Austin advertía que si los derechos son eternos e inmutables, la ciencia jurídica no tiene nada que decir sobre ellos²¹. Austin no se refería a los filósofos personalistas –entonces (Austin pu-

¹⁸ Han caído bajo el dominio de una falacia, que arranca desde una verdad indiscutible: que en situación de simetría, mis derechos son los derechos de los demás. Pero la actitud de los teóricos de los diálogos ideales implica tasar anticipadamente lo que debemos entender por una persona o un parlante, y establecer ellos las condiciones bajo las que el habla sería ideal. Habermas o Rawls tienen sus prejuicios –de los que no parecen ser conscientes– y exigen a todos que ellos también asuman normativamente estos principios-prejuicios fundados en bases empiristas.

¹⁹ L. Knapp explicaba que “Alles ist Eines. Es giebt keine letzte Verschiedenheit”. *System der Rechtsphilosophie*, Erlangen, 1857, p. 25.

²⁰ “Stoff kommt zu Stoff hinzu, es ist ein Fortschritt in quantitativer, nicht in qualitativer Beziehung”. “Die geschichtlich-gesellschaftlichen Grundlagen der Ethik”, en *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft*, 6. Jahrgang, 1882, Erstes Heft, p. 13.

²¹ Escribía: “But, if the parties ... appealed to unmeaning abstractions or to senseless fictions; if they mouthed of “the rights of man”, or “the sacred rights of sovereigns”, of “inalienable liberties”, or “eternal and immutable justice” ... A sacred or inalienable right is truly and indeed “in-

blicó hacia 1830) desconocidos bajo este nombre— sino a los que afirmaban los derechos naturales del hombre propugnados en aquella época de la historia. Los defensores de las personas portadoras sin más de derechos, entran normalmente en este grupo criticado por Austin: ya indiqué que no basta con reconocer la condición personal del hombre: es preciso prolongar la actitud ontológica y reconocer, además, las exigencias diversas que comporta cada momento diverso. Ellos quieren ofrecer una ciencia absoluta que comprenda y explique todo el derecho del hombre simultáneamente: pero insisto en que no son útiles las teorías que sólo aportan recetas únicas: porque atendiendo sólo a su condición de persona, el investigador sabe muy poco de sus derechos y deberes concretos en el mundo real y concreto. Pero no minusvaloremos la corriente personalista, o a la corriente de los que defienden directamente los derechos, porque la representación directa de las exigencias de la dignidad personal ha llevado a crear la seguridad social, o a regular más humanamente el trabajo. En el campo más propiamente jurídico las remisiones a las personas son útiles frecuentemente para evitar el sociologismo; pero ofrecen criterios excesivamente incompletos que han de ser completados por la inesquivable ciencia jurídica²².

El estudioso obtiene la impresión de que los autores del siglo XX que han propuestos teorías sobre la justicia, han girado reiterativamente en torno a la pretensión de ofrecer un criterio único y solitario de la justicia que serviría para guiar a la masa algo informe de normas y principios que componen el conjunto de cualquier ordenamiento jurídico. Es lógico que contemplen así este tema, porque desde el siglo XVII buena parte de la reflexión jurídica ha visto su tema de trabajo en elucidar ‘el’ concepto del derecho; han entendido en definitiva que si sólo hay un único modo de manifestarse la vida jurídica, bastaría una sola fórmula de botica sobre la justicia. Esta actitud porta cierta capacidad para el convencimiento, porque Bergson indicaba que “La materia tiene una tendencia a constituir sistemas aislados que se pueden tratar geométricamente; y es por esta misma tendencia por la que nosotros la definimos”.

valuable”: for, seeing that it means nothing, there is nothing which can be measured”. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive Law*, 5ª ed., John Murray, London, *Lecture II*, p. 119.

²² Un autor especialmente lúcido del siglo XIX alemán, Arnold Möhl, escribía que “Was man Urrechte nennt, sind nichts als die Bedingungen der physischen und moralischen Dasein des Menschen, mit welchen er in der Gesellschaft dasteht, ohne welche das Mensch als Mensch nicht gedacht werden kann”. *Über das Naturrecht*, Mannheim, 1841, p. 41.

Pero también reconoce que “La metría no va hasta el fin, y que estos aislamientos no son jamás completos”²³.

Las teorías de una sola receta de Apel o Rawls, son comprensibles porque ellos afirman ser materialistas, es decir, empiristas, y esta primera restricción inicial les fuerza a explorar una sola ‘realidad’: reitero que los materialistas no pueden admitir la diversidad de formas. Su problema último reside en lo que los geómetras explican: que cuando el teorema a construir parte desde un solo dato, la imaginación está en su derecho de dispararse en direcciones distintas y arbitrarias, y entonces ellos componen un *sistema* en el sentido estricto del término. Todo sistema supone un punto o centro único que se desarrolla de alguna forma, de modo que todos los desarrollos son previsibles y calculables desde las propiedades que han atribuido al punto central o axiomático inicial. Por supuesto, el desarrollo sistemático ha de ser siempre binómico porque la progresión de su *principium unicum* ha de seguir –al menos aparentemente– una sola dirección; si existieran varios factores germinales los desarrollos serían múltiples y quedaría incumplido el precepto básico de este tipo de ciencia, que ya enunció Hobbes: que en toda ciencia digna de este nombre el científico ha de estar en condiciones de ir desde los principios a las concreciones y desde éstas otra vez hasta los principios²⁴.

Es decir, tenemos constructos sobre la justicia que no dan cuenta de la diversidad de las pretensiones de los seres humanos, pero que son fácilmente explicables gracias al carácter sistemático que les otorga la lógica desarrollada teóricamente en un solo plano²⁵: sus autores los exponen, y los que los oyen han de asentir gracias a la rigurosa trabazón lógica que muestran estas teorías. Planteada así cada teoría de la justicia, sólo cabe o el asentimiento ante ella, o su rechazo sin más; pues cuando una teoría rompe en su inicio con las otras explicaciones de la conducta humana, el único recurso que le queda al discrepante es el rechazo total²⁶. Así es si así seguimos las reglas de estos juegos

²³ “L'évolution créatrice”, en *Œuvres*, PUF, Paris, 1959, p. 502.

²⁴ Vid. *Elements of Philosophy*, London, 1839 pp. 387-388, en donde explica que es preciso ir desde la generación a los efectos y desde las apariencias a la posible generación.

²⁵ Descartes exponía claramente esta visión: “Je voudrais chercher, après cela, d'autres vérités, et m'étant proposé l'objet des géomètres, que je concevais comme un corpus continu, en un espace indéfiniment étendu en longueur, largeur, et hauteur ou profondeur, divisible en divers parties”. “Discours de la méthode”, en *Œuvres et lettres*, Gallimard, Paris, 1953, Quatrième Partie, p. 150.

²⁶ De ahí que hace años, cuando estaba de moda hablar de las ideologías, algunos explicaran que una ideología únicamente podía ser combatida por otra ideología.

sistemáticos: toda teoría sistemática goza de la plenitud que le atribuye su carácter autoportante, esto es, del brillo que le confiere el rigor lógico con el que los teoremas se deslizan desde los axiomas enlazándose unos con otros según algoritmos y elementos funtores claros, y normalmente no cabe impugnación de una de ellas si hemos aceptado los axiomas iniciales y los elementos que están ya insilogizados en ellos: sólo puede haber desprecio de un sistema en nombre de otro sistema.

Si me expreso en términos de la teoría de la geometría, diría que este desarrollo lógico-lineal proviene ante todo de las premisas básicas del modo de razonar de la Edad Moderna, que fue llamado *mos geometricus*. Recibió este nombre porque los modernos se hicieron en sus mentes una representación del espacio al modo cartesiano, es decir, se representaron un espacio plano y polarizado, y a este espacio así entendido lo elevaron al rango del escenario necesario en el que había de moverse la racionalidad. A este substrato puramente imaginado Descartes lo llamó la imaginación, y los geómetras actuales prefieren conocerlo como conciencia objetiva²⁷. Los filósofos y juristas que se integraron en la Escuela Moderna del Derecho Natural usaron esta misma noción del espacio, al que llamaron *status naturae* o estado de naturaleza, que era una nada, un *status justitiae vacuum*, como lo llamaba Kant. Ellos entendían que construían, porque para todos ellos, filósofos como Kant o teóricos del derecho como Gundling, sus razonamientos eran necesariamente ‘nuevos’ y radicales ya que pensaban que estaban partiendo desde la nada: vivenciaron a cada uno de sus pasos argumentativos como una conquista sobre lo que no es, es decir, sobre el espacio imaginado de la forma indicada. Fueron desde el punto a la línea, desde ésta a la figura, desde las figuras a la extensión, y entendieron que estaban ‘construyendo’ la verdad del hombre: desde entonces a hoy llamamos *constructivistas* a este tipo de filosofías.

Pero ellos no entendieron que únicamente estaban usando un símbolo. Podemos describir el símbolo como el contenido de una representación sensible elevado a la condición de servidor de un entendimiento puro; era un servidor extraño por complicado, ya que suponía un espacio llano sin compli-

²⁷ Descartes prefiere la palabra ‘imagination’. Vid. “Seconde méditation”, en *Œuvres...*, p. 280. Saumells define a la conciencia objetiva como “El ámbito de una cierta forma de presencia propia de los objetos en tanto que están destinados a su conocimiento”. *La geometría euclídea...*, cit., p. 34.

caciones orográficas, y añadía a este espacio unos puntos que gozaban de una prerrogativa singular, que era la fuerza de la voluntad, igual en todos sus puntos; obviamente, la vida de este servidor había de terminar cuando los puntos voluntariosos decidieran ponerse de acuerdo para celebrar un contrato que creara la sociedad. No entendieron que este espacio plano y amorfo que ellos habían de *suponer* necesariamente –llámese estado de naturaleza, posición original o diálogo ideal– no podía ser considerado la condición necesaria de la racionalidad pura, porque este símbolo era sólo el contenido de ‘una’ sola representación imaginativa que, precisamente por este carácter unidimensional o sectorial no poseía capacidad para englobar todas las situaciones y posibilidades humanas: el contractualismo que se deriva desde él tiene, de hecho, alcances muy limitados, y si un autor como Habermas se empeña en ser la policía moral de Europa (papel que cumple muy adecuadamente) en nombre de la regla de la igualdad contenida en el solo diálogo ideal, es su imaginación muy personal la que paga los gastos.

Pero los *moderni* sentenciaron al espacio humano libre de formas como el escenario imprescindible de *todo* posible desarrollo racional en temas humanos, y no captaron que, lejos de ser un simple escenario que se podía usar dócilmente, él transmitió imperativamente sus exigencias a las nuevas construcciones racionalistas. De este modo, las propiedades de una figura muy concreta casi imposible de imaginar sobre los supuestos geométricos desde los que había surgido, determinaron las posibilidades de las filosofías nuevas. Los modernos, ¿fueron creadores o más bien se encontraron atrapados por la criatura que ellos habían adoptado²⁸? Porque una persona puede comenzar voluntariamente un estado de cosas, como es beber mucho alcohol; pero una vez que se ha alcoholizado es más bien un hombre preso de lo que él mismo ha creado. No solamente les faltó libertad: también carecieron de elementos de construcción suficientes: los filósofos que parten desde este supuesto desarrollan una gran imaginación y, por esto, los libros en los que exponen sus teorías suelen ser excesivamente extensos para los magras fundamentos que proponen. Un ejemplo acabado de este hecho puede ser la “Teoría de la justicia” de John Rawls, tan

²⁸ Los autores de la Edad Moderna no crearon la figura del *status naturae*. Esta categoría es muy antigua, expuesta o dada a entender en los textos romanos justinianeos, y los autores bajomedievales la usaron profusamente. Sobre este último extremo, vid. mi estudio “Sobre la génesis del derecho natural racionalista en los juristas de los siglos XII-XVII”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVIII (1975), pp. 263-305.

minucioso, detallista, reiterativo y con oportunas contradicciones de matiz que son las delicias de sus seguidores y comentadores.

No acabaron de entender que la condición general o material-concreta del espacio plano no es la condición *formal* de las síntesis que ellos mismos proponen sobre la justicia de los problemas concretos²⁹. En efecto, los elementos de construcción usados no están en condiciones de dar razón suficiente de la justicia de todo un orden jurídico. Veamos: sabemos que la condición material-concreta es la sola nota de los sujetos en el estado de naturaleza, a saber, su voluntad libre. Algunos filósofos como Locke añadieron a la voluntad libre el derecho innato a las propiedades privadas y, por esto mismo, John Locke incurrió en una grave contradicción, ya que desde la igualdad individual originaria no se sigue en modo alguno el derecho a poseer propiedades sin limitación. Locke mintió, cosa muy frecuente en estos autores fenomenistas y sensistas que se sintieron en el deber de defender el *statu quo* de las propiedades en su momento histórico. Efectivamente, el contenido concreto del axioma inicial no alcanza a explicar las síntesis posteriores que cada autor realiza en nombre de la justicia que se desprende desde ese inicio.

Pues en toda ‘teoría’ hay un momento formal que determina el modo concreto como los teoremas son deducidos desde los axiomas puestos inicialmente; y hay un momento material porque el teórico ha de explicar concretamente y en cada caso por qué esa solución es la más justa para ese problema. En el momento formal dominan las exigencias de la lógica *in propria forma*; en el momento material predominan las exigencias concretas del problema estudiado, esto es, de las ‘cosas’ estudiadas. Pero, obviamente, si los razonamientos pueden ir y venir sobre un espacio que no les limita sino que más bien les impone la ausencia de las formas diversas, el peso de las argumentaciones ya no descansará sobre las ‘cosas’ cuyas formas habría que entender antes de comenzar a razonar, sino sobre estructuras formales lógicas formadas de formas bastante arbitrarias³⁰.

²⁹ Referida a la geometría, vid. esta observación en SAUMELLS, *La ciencia y el ideal metódico*, Rialp, Madrid, 1958, p. 48.

³⁰ El pensamiento de los modernos eran tan tópico, casuístico o problemático como los libros de derecho que decían combatir. Pero los juristas se planteaban expresamente un problema concreto y argumentaban desde él a la vista de principios y de normas ya establecidas. Estos filósofos hicieron lo mismo, aunque en lugar de representarse una pluralidad de problemas distintos, situaron ante su imaginación un solo problema y desde las normas y principios que ellos establecieron en nombre de las exigencias de la razón pura, lo resolvieron según sus preferencias afirmando que éste era el problema prototípico de todo derecho posible. La diversidad desapareció en nombre de la unidad de la razón.

Hablo de arbitrariedad porque no ellos no razonaron en el vacío, y ni siquiera al filo de la lógica pura. Hobbes, Pufendorf, Thomasius o Gundling, propusieron en realidad síntesis a priori, es decir, factores de construcción que poseían ya sus ‘propios’ contenidos, introducidos en sus axiomas según las preferencias de cada filósofo. Si la teoría en cuestión está preñada de factores ya insilogizados que actúan de algoritmos, y de prosilogismos que guían forzosamente los desarrollos argumentativos posteriores, las exigencias propias que aporta cada problema que ha de ser enjuiciado permanecen desconocidas. Como es obvio, esos factores ya introducidos en el interior de los silogismos llegan a ser necesarios gracias a las limitaciones puestas en virtud del método. Pues tanto podemos tomar lo presente como signo de ausencia (como hacen los que quieren desconocer que cada hombre es una persona) o a lo ausente como signo de presencia, como hacen los autores de teorías de la justicia que siguen el *mos geometricus*, que al comenzar a construir desde un solo dato, su imaginación se dispara en una dirección ya determinada.

Hoy resulta espinoso volver sobre este tema porque se nos impone una experiencia prerreflexiva que nos domina porque constituye el fondo del *common sense* de nuestro momento. Nuestros razonamientos, desde el siglo XVII a hoy (cuando comenzó a imponerse la ‘forma geométrica’ o *mos geometricus* de tratar la Ética), están condicionados decisivamente por las representaciones más elementales del materialismo. Lo indiqué antes: algunos entienden que la condición general del espacio *material* ideado por ellos es la condición *formal* de la síntesis que ellos mismos proponen sobre la justicia. Esto lo comprobamos cuando vemos que nuestros libros de ética jurídica están plagados de tropos que juegan con el arriba-abajo, el antes-después, el todo-partes, la simetría-desigualdad, etc. Sus autores parecen no querer entender que estas propiedades del espacio son útiles (cuando es el caso) en

En realidad, sólo operaron limitaciones y discriminaciones empobrecedoras reduciendo a un solo esquema argumentativo lo que es realmente plural. De ahí que sea necesario hablar de ‘teorías’, contraponiéndolas a las doctrinas, aunque no en el sentido en que Kant estableció esta diferencia. Distingo la doctrina de la teoría porque el autor de una doctrina tiene ante su vista una multitud de casos distintos a los que intenta unificar de algún modo sin renunciar a considerar que cada uno de esos casos es distinto de los otros. La teoría, en cambio, se define más bien desde las limitaciones puestas desde el inicio en fuerza del método que su autor dice seguir, de modo que los casos quedan uniformados pero no atendiendo a sus notas positivas, propias o diferenciadoras, sino según alguna nota común que el autor de la teoría ha seleccionado de acuerdo con sus preferencias.

la Geometría, pero que el recurso a ellas conduce a excesivas dificultades incluso en la Física.

¿Cómo explicar este fallo infantil? El origen del problema está en que durante estos últimos cuatro siglos hemos vivenciado el deseo de la precisión en mayor medida que las épocas anteriores. Tales, Pitágoras o Platón también sintieron en sus carnes el zarpazo de la precisión y trataron de llevar las matemáticas a la totalidad de la ciencia –y especialmente a la Ciencia Primera– buscando esquemas formales absolutamente ciertos que apuntalaran la credibilidad de lo que ellos exponían *in humanis*. Pero las críticas que les lanzó Aristóteles en su “Metafísica”, y las críticas que Tomás de Aquino expuso en los “Comentarios a la Metafísica”, ya muestran lo inviable que eran sus pretensiones incluso en el plano más teórico. La observación más precisa fue posiblemente la de Tomás sobre la doctrina de Anaxágoras: “Él no articuló su doctrina, ya que no distinguió expresamente. Por tanto, su opinión es verdadera respecto a lo que no expresa, pero falsa en lo que mantiene”³¹.

Tal vez los excesos matemáticos de los filósofos pre-aristotélicos determinaron que las personas cultas miraran en otras direcciones menos formales y más nutridas de las cosas y de lo proporcionado por la experiencia. Pero la deliberada modestia de los juristas romanos y del *Jus Commune* fue impugnada por los Humanistas del Renacimiento, que quisieron certeza donde normalmente solo puede haber prudencia. Estudié brevemente algunas facetas de este tema hace ya muchos años³². Sucedió entonces que aquellos hombres deseaban otro estado social y pretendieron en un primer momento introducir la Lógica y la Dialéctica en los razonamientos jurídicos; pero algunos años después, hartos de ordenar lógica y dialécticamente los textos romanos, y al comprobar la insuficiencia de estos textos para cambiar la sociedad, volvieron colectivamente sus cabezas –sin ser conscientes expresamente de lo que pretendían– hacia la Geometría. Entonces entraron en acción –por primera vez de una forma operativa– los espacios planos del estado de naturaleza, los puntos que representaban a los individuos, los vectores de fuerzas o las voluntades

³¹ “Ipse vero non articulavit eam, idest non exprese distinxit. Eius ergo opinio est vera quantum ad hoc quod non expressit, falsa autem ad hoc quod expressit”. *Sancti Thomae de Aquino Sententia libri Metaphysicae*, Liber I, Lectio 12, n° 14. Cito por la *Editio leonina*, incluida en la Red por E. Alarcón, Universidad de Navarra.

³² Vid. mi estudio “*Mos italicus, mos gallicus* y el Humanismo racionalista”, en *Jus Commune*, VI (1977), pp. 108-171.

individuales que portaba cada sujeto, los ‘intereses de la razón’ o los *Laws of Reason* que orientaban a aquellas fuerzas volviéndolas racionales, etc. La razón se encontró a sí misma en los moldes geométricos, siempre formales y por esto siempre tan capaces de ser verdaderos en lo que no expresan como de ser falsos en lo que sí afirman.

Desde el siglo XVII hemos estructurado nuestro pensamiento sobre las virtualidades de las figuras geométricas. Este hecho lo comprueba amargamente el profesor de derecho civil: se encuentra ante dificultades prácticamente insuperables si intenta explicar a sus alumnos desde un principio los problemas hermenéuticos; pero si parte desde figuras como la pirámide normativa todos le entienden inmediatamente. Cuando el profesor aporta una representación de dos dimensiones que puede reproducir sobre la pizarra escolar, tiene garantizado el éxito docente, y ésta es una de las raíces del problema que denuncio: que nuestro modo de entender y de representarnos los temas que tratamos presupone un objeto dócil, tan dócil, al menos, que se deje conducir por las figuras geométricas.

Hay que cuestionar cómo pueden nacer los derechos de los hombres desde estos sistemas autoritarios y restrictivos. Si los positivistas parten –a su modo– desde el empirismo epistemológico y desde el consiguiente relativismo moral, un derecho sólo puede ser una concesión, o una habilitación concedida por el ordenamiento jurídico. Alguien podría añadir que los derechos de libertad surgen desde los silencios legales; a veces es así, y ésta es una de las reglas de oro del derecho penal y del derecho sancionatorio; pero si se toma este criterio como el único existente, como hacía Hobbes³³, esta opinión no merece mayores comentarios. Desde las explicaciones que llevan a las concesiones, habilitaciones, silencios y exigencias lógicas –que parecen ser las únicas formas que encuentran los fabricantes de constructos para afirmar derechos– es difícil hablar precisamente de los derechos. Estas doctrinas sobre los derechos humanos quieren conciliar lo inconciliable, esto es, afirmar una sola instancia que ‘Debe-ser’ sin formas plurales, pero que admite derechos individuales di-

³³ En *Leviathan, or the matter, form and power of a Commonwealth ecclesiastical and civil*, London, 1839, Chap. 21, p. 199, reduce la libertad a la ausencia de “chains and prison”. Se hace posible mediante el silencio de las leyes. Vid. *Leviathan...*, cit., Chap. 21, p. 206. En realidad, sólo disponemos de apetitos y aversiones, porque nadie está libre de la necesidad. Vid. *Elements of Philosophy*, London, 1839, p. 409. Concluye que la libertad no existe. Vid. *Human nature, or the fundamental Elements of Policie*, London, 1840, p. 68.

ferenciados y con cierto carácter excepcional frente a ese Deber-ser inicial y homogéneo. Estamos ante un problema de adecuación en la creación, porque los derechos de las personas no pueden ser reconocidos o creados por la afirmación de un cauce procedimental tan solitario como común³⁴.

LAS AUSENCIAS SE MOSTRARON OPERATIVAS EN LA FILOSOFÍA

Este momento de la explicación abre caminos distintos que reclaman una elucidación, y es preciso elegir uno de ellos descartando a los otros; puestos a realzar el tema que interesa en este estudio, la pregunta que se impone es la de interrogarnos hasta qué punto los sistemas éticos que pudiéramos llamar mecanicistas o binómicos estaban determinados por métodos científicos que hicieron de las ausencias el quicio de su validez. Porque se insinúa la sospecha que insiste en que las limitaciones intrametódicas, que fueron imprescindibles para echar a andar la física moderna, la medicina científica, etc., han sido útiles en sus respectivos ámbitos; pero que el estudio del hombre no se deja estrechar por esas limitaciones iniciales³⁵.

Podría pensarse ingenuamente que las limitaciones y las ausencias no son productivas por sí mismas. No ha sido así, porque la mentalidad del Iluminismo descubrió que toda negación es un arma omnipotente, ya la negación aporta la universalidad –gracias a su naturaleza simplemente formal– de aquello que es negado. (Para afirmar que algo es bueno es preciso que sea bueno

³⁴ Además, este tema se complica porque si nos atenemos por el momento a los derechos que los eruditos llaman de primera generación, estos derechos aparecen como excepciones a ese deber-ser general, cuya sola forma –el constituir excepciones al régimen jurídico universal– ya es algo contradictoria con la definición de ordenamiento jurídico que ellos mismos proporcionan. Todo parece indicar que los autores de sistemas sobre la justicia portan dos datos iniciales: uno la buena voluntad, que les lleva a mantener una axiomática –distinta de hecho según cada investigador– para afirmar los derechos; el otro, la actitud empirista que responde a los motivos a los que aludía Jellinek.

³⁵ La razón se encuentra siempre solicitada en dos sentidos diferentes: la comprensión de la razón metódica o demostración, y la comprensión de la razón de ser del problema. Como no es posible satisfacer ambos extremos, el investigador siempre queda con una necesaria sensación de insatisfacción, porque en lugar de encontrar y seguir el dinamismo puro de las ideas que aporta, es consciente de que sólo tiene ante su vista algunas intuiciones intelectuales, en comparación con las cuales, su discurso presenta un aspecto deficiente. Sobre este tema, en geometría, vid. SAUMELLS, *La ciencia y el ideal metódico*, cit., pp. 78 y 97. De forma más radical, explicitaba en la p. 15 de esta obra que la característica deficiente de todo método consiste en que tiende por sí mismo a excluir el proceso que él funda y posibilita.

desde todos sus puntos de vista; pero una sola nota negativa descalifica sin más la bondad de toda esa cosa). La negación ‘selectiva’ *semper et ad omnes usos* de algunos factores ofrecidos por la experiencia, posibilita la vigencia de la aparente validez positiva –afirmada ahora, sin embargo, con alcance igualmente universal– de los otros factores que el científico exige en las bases de sus explicaciones; estos teóricos se comportan como los ladrones que desconocen las propiedades de los otros pero que, una vez que ellos parecen ser los propietarios, exigen a todos que respeten lo que ya tienen como propiedad suya³⁶. De un modo que pugna con un mediano sentido de la realidad, las angosturas epistemológicas entran en la Teoría del Derecho por la puerta grande, porque no tanto aparecen como la expresión de un *ignoramus* como el momento discriminador y positivo de hecho gracias a la negación anterior, que determina la garantía de la cientificidad de lo expuesto.

Una vez establecido el marco científico tan previo como aparentemente necesario, que es el dar origen a esas *philosophies nécessaires* de las que hablaba Gonseth, la tarea histórica de los filósofos de base materialista o empirista ha consistido en razonar desde los muy pocos elementos que han pasado los filtros puestos por ellos. No debieran haber insistido negativamente sólo en los datos que dejan pasar sus rudimentarios y solitarios criterios de justificación sino, más positivamente, en los distintos criterios de validez que se adecuan a los datos que es necesario procesar. Pues *es necesario* tener en cuenta que el arrendatario tiene el deber de cuidar de la cosa que le ha sido arrendada y que el profesor tiene el deber de expresarse con claridad, de modo que si no se admite la diversidad de las relaciones humanas, el derecho deviene una técnica o una ciencia sencillamente imposible por inexplicable. Pues las instancias solitarias de validez –al modo de las positivistas– determinan poco y, por el contrario, las exigencias diversas de los datos en que vivimos son las que debieran haber explicado algunas dimensiones decisivas de los criterios de las distintas justificaciones. Pero la historia llevó el tema de otro modo.

Ya que estamos introducidos en un asomo de crítica a estos constructos racionalistas, basados normalmente en el juego a priori del criterio de justifi-

³⁶ Todo concepto y todo método necesita un momento negativo, pues conocemos las cosas no sólo por lo que ellas son sino también por lo que no son. Saumells hace notar que toda figura, para poder ser representada, necesita de una anti-figura, de un soporte en el que pueda ser mostrada: podemos ver gracias a la opacidad. Vid. *La geometría euclídea...*, cit., p. 72.

cación, hay que mantener que los únicos criterios de justificación admisibles son los que operan a posteriori, es decir, que son los elementos conocidos los que justifican la validez de los criterios epistemológicos anteriores; si veo la fila de palmeras que hay ante la puerta de mi *campus* universitario, tengo que reconocer que efectivamente veo las palmeras y, dado que esos árboles existen realmente en tal sitio, he de afirmar que mi sentido de la vista funciona correctamente. No afirmo en primer lugar que poseo una visión que funciona bien para mantener en un segundo momento que gracias a esta visión correcta existe la fila de las palmeras. Sin embargo, el proceso de un empirista es el inverso: niega en virtud de alguna exigencia de la Botánica que puedan existir las palmeras y, una vez que las ha visto, ha de explicar a sus lectores la razón de la percepción de este ‘fenómeno’ tan extraño o incomprensible para él. Entonces el empirista concentra su atención y su estudio sobre sí mismo y sobre la capacidad de sus sentidos y facultades intelectuales³⁷.

Al llegar a este punto es aconsejable limitar otra vez la extensión del campo de este estudio y aludir a algunas manifestaciones básicas de las ‘teorías’ que critico aludiendo a los axiomas que usan, a las estructuras de los teoremas –plagados de elementos ya insilogizados– y los prosilogismos que hacen avanzar los razonamientos desde una premisa a otra en el interior de cada teoría del derecho³⁸. Perdieron de vista la vieja regla que explicita Saumells: “Hay que reconocer que la edificación de una axiomática válida toma en consideración

³⁷ En tono aristotélico, Tomás de Aquino reiteró con énfasis especial que ante todo existen los objetos que son conocidos, de modo que nuestras potencias sensitivas e intelectuales “se especifican por los objetos conocidos”. Vid. *Liber de Veritate Catholicae Fidei contra errores infidelium seu “Summa contra Gentiles”*, Marietti, Torino-Roma, 1961, § 400 o § 2079 en tono general sobre la preminencia de los objetos en el conocimiento. Del mismo modo, destacando que los objetos son ‘anteriores’ a las potencias cognoscitivas, *In tres libros de Anima*, Antwerpiae, 1612, vol. III, L. II, § 34. Sobre la especificación de las potencias por sus objetos, entre otros lugares, *In IV Sententiarum (In Primum et Secundum Sententiarum)*, Tomus Sextus, “Opera Omnia”, Romae, 1570, L. II, Dist. 24, q. 1, a. 3, o *Suma teológica*, I, q. 79, 11.

³⁸ Gonseth escribía: “Si le cadre de ce travail le permettait encore, c’est n’est pas l’histoire de la géométrie sous son aspect théorique que nous songerions à refaire, mais celles des doctrines préables (les plus souvent implicites) selon lesquelles la vérité géométrique s’accord avec l’aspect physique et avec l’image que les sens procurent de celle-ci. Cette histoire est à faire”. *La géométrie et les problèmes de l’espace*, Dunond Éditeur (Paris)-Éditions du Griffon (Neuchâtel), 1955, vol. VI, p. 529. El lector puede comprobar que la reconstrucción de cualquier doctrina epistemológica pasa por denunciar la confusión de los conceptos con la imagen física que los subyacen; estas imágenes constituyen usualmente el armazón más destacado de estos prosilogismos omnipresentes.

las condiciones de un principio de coordinación previo. No se axiomatiza en el vacío, sino que el principio de síntesis es un elemento dado con anterioridad a la labor metódica axiomatizante”³⁹. En efecto, esta regla debiera inducirnos a tomar precauciones en el momento de argumentar. Las filosofías empiristas siempre han sido muy argumentativas porque siempre han supuesto ese principio previo de coordinación y han adelantado síntesis a priori que se convierten de modo portentoso en auténticas definiciones genéticas. Parece que la tendencia primera de estos autores es que, por negar lo que existe, han de construir lo que quieren explicar, ya que no aceptan que la realidad se les imponga con su imperiosa necesidad. No reconocen que los hombres somos personas, y tampoco reconocen las ‘cosas’ distintas que dan sus razones de ser a las diversas instituciones jurídicas, y para salir del *embarras* en el que ellos mismos se han introducido, crean teorías extensas y prolijas.

HOMOGENEIDADES, EL CRITERIO DE JUSTIFICACIÓN, ESTRUCTURAS SIMPLEMENTE FORMALES, Y OTRAS COSAS MÁS

Esta forma de considerar al derecho ha tenido su historia propia, y más bien reciente. Reparemos –solamente para introducir el tema– en que cualquiera observa que las competencias jurídicas del arrendatario de un bien inmueble son excesivamente distintas de las competencias de un inspector de Hacienda, o que las prestaciones sociales que puede exigir un parado son cosa diferente de las exigencias de cada cual para no ser molestado en su casa: estamos ante ‘cosas’ diferentes. Pero la pluralidad de estos hechos no arredra a estos teóricos, porque ellos quieren proceder científicamente y la visión moderna de la ciencia dio por supuesto un objeto de naturaleza unitaria sobre el que ha de recaer la atención del científico: esto es, hay que unificar las conductas del arrendatario de un inmueble, del inspector de Hacienda, del parado y del que no quiere ser molestado en su casa y, sobre todo, hay que estudiar a estas conductas desde un solo punto de vista. Tal cosa hicieron Newton o Laplace con los movimientos de los átomos, o Bentham con los intereses humanos⁴⁰.

³⁹ *La ciencia y el ideal metódico*, cit., p. 53.

⁴⁰ La importancia de Bentham en la formación de la *Jurisprudence* fue realizada por LIGHTWOOD, J. M., *The Nature of Positive Law*, Macmillan and Co., London, 1883, pp. 57-60. Bryce lo consideraba ante todo un reformador, no un jurista. Vid. “Analytical School. The Methods of Legal Science”, en *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, 1901, vol. II, pp. 180 ó 183.

Pero si distinguimos entre el contexto de presentación –que sería lo expuesto concreta o materialmente en sus obras– y los contextos de representaciones (que podrían ser los conjuntos de factores que, en cada caso, hacen posible metódicamente esas exposiciones, más allá de la simple coherencia lógica⁴¹) vemos que el peso de la ciencia ha cargado desde el siglo XVII a hoy en los contextos de justificación científica: posiblemente Galileo no sabía bien lo que quería alcanzar, pero conocía cómo proceder. En todo caso, ya hablemos de Galileo, de Newton, o de la mentalidad estrictamente materialista expresada por Helvetius, todos ellos suponían un sustrato material dócil –y en cierto modo amorfo– que solamente esperaba a los científicos inteligentes que, a través del único método científico, desentrañaran los secretos de la naturaleza.

No podían admitir pluralidades porque entendían que las leyes universales que observaban, o que postulaban cuando no podían observarlas directamente, eran idénticas para todas las realidades que estudiaban: ésta es una diferencia básica con la mentalidad de los juristas. Sucedió que ellos suponían un isomorfismo singular entre el psiquismo humano y la ‘materia’ que estudiaban porque entendían que las categorías cognitivas que aportaba la razón del hombre se adecuaban sin más a ‘lo que’ habían de conocer: gracias a tal igualdad de planos, el complejo neuronal humano podía penetrar adecuadamente en los objetos estudiados. Como para los materialistas la formación de estos objetos había sido casual, violenta y amoral, la cuestión de las finalidades, y en general de la normatividad de las formas o cualidades distintas, estaba fuera de lugar, y la única causa del movimiento a tener en cuenta era lo que los escolásticos llamaban la causa eficiente⁴²: el científico sólo había de reconocer las impulsiones mecánicas, manifestadas de modos distintos, según las leyes de la inercia universal; poco importaba que tales impulsiones fueran el resultado de energías eléctricas o psicológicas. No disponían de títulos propiamente científicos para apuntalar esta visión de la ciencia, pues –entre otras cosas– la

⁴¹ Aunque no con esta terminología, vid. GONSETH, *Mon itinéraire...*, cit., pp. 390-405.

⁴² Francisco Suárez, adelantado a la Modernidad en éste como en otros temas, reducía de hecho todas las causas a la causa eficiente: “De efficiente etiam patet, quia sua natura efficit ut res habeat esse quod antea non habebat, et ad hoc per se ac directe tendit actus ejus: ergo efficiens est quasi fons et principium per se influens in effectum: quod esse effectus distinctus est ab esse efficientis: ergo tota deffinitio causae proprissime concernit efficienti”. *Metaphysicorum Disputationum tomus duo*, Coloniae, 1614, Disp. 12, Sect. 3, § 3.

inercia universal no es demostrable, pero su fe en la mejora innegable del conocimiento científico, suplió lo que faltaba en su ciencia.

Este hecho se debió en buena medida a que a finales del siglo XVIII, muchos consideraban que los juristas estaban atrasados en la marcha por el método correcto, esto es, en la explicación de su ciencia según las exigencias científicas modernas. El camino para llegar a esta meta ya estaba parcialmente recorrido, porque los autores de los siglos XVII y XVIII –normalmente de profesión jusnaturalista según el nuevo estilo de hacer derecho natural en la Edad Moderna– habían establecido la uniformidad del material a estudiar, y ésta era la primera exigencia del nuevo método. Efectivamente, habían mantenido en la teoría política y jurídica un único poder creado mediante el pacto social, de modo que el derecho –ahora identificado con las medidas políticas que surgieran desde el poder creado de esta forma– consistiría en el conjunto de las órdenes generales dictadas por ese centro solitario del gobierno. Todo era siempre lo mismo, porque las leyes sólo eran actos de voluntad del gobernante y todos los actos de voluntad, considerados solamente como tales, son idénticos a sí mismos. No fue original John Austin cuando afirmó que la llave de la ciencia de la *Jurisprudence* era el entendimiento del derecho como el conjunto de las normas imperadas⁴³.

Sólo era cuestión de tiempo para que los positivistas del siglo XIX dejaran de lado los estados de naturaleza y los contratos sociales y se centraron directamente en el estudio de las disposiciones legisladas por el Estado, a las que suponían siempre ya constituidas y operativas sin más⁴⁴. En el mundo del Estado les saltaba a la vista –por así decir– ante todo el conjunto de las normas jurídicas, que componían al Estado mismo, y ellos entendieron que el estudio jurídico verdaderamente científico consistía en desvelar las estructuras formales de estas normas. Será siempre un misterio entender por qué creían en esas estructuras formales, es decir, necesarias⁴⁵. Pues los empiristas consecuentes debieran haberse dejado revolver por los hechos sin pretender trascenderlos con leyes uni-

⁴³ Vid. *Lectures...*, cit., Prólogo, p. 36.

⁴⁴ Perdieron de vista una advertencia que explicita Saumells: que no entendieron que “sus exhortaciones metódicas estaban inspiradas por una metafísica implícita o explícita cuya conexión efectiva con la ciencia queda siempre por demostrar”. *La ciencia y el ideal metódico*, cit., p. 142. Sobre los positivistas del siglo XIX, vid. mi estudio *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*, Actas, Madrid, 1993.

⁴⁵ Austin había suavizado estas exigencias insistiendo reiteradamente en que “The inferences suggested to our minds by repeated experience and observation... which is essential to practice

versales. Todo lleva a entender que traspasaron las exigencias de la mentalidad de los físicos de entonces a las ciencias humanas. Según ellos, la verdadera Teoría del Derecho había de estudiar esas categorías lógicas de las normas jurídicas, y la Filosofía del Derecho –una disciplina en cuya objetividad no creía ningún positivista– se ocuparía de proporcionar orientaciones que orientaran la marcha indolente y sin formas de los contenidos de las normas jurídicas de cada ordenamiento⁴⁶. La Teoría del Derecho quedaba reservada para la explicación de las estructuras necesarias del derecho existente, y la Filosofía del Derecho para las mejoras futuras –¿necesariamente utópicas, sin base real más allá de los deseos momentáneos de las morales positivas?– del orden social: una ciencia versaba sobre la realidad ya constituida, la otra sobre ensueños sobre lo por venir.

Este talante ha persistido durante el siglo XX. Es cierto que las insuficiencias que prácticas o morales que mostraron los alemanes que compusieron la escuela de los *Allgemeine Grundbegriffe*, y las de los ingleses de la *Analytical School*, llevaron a tomar más seriamente las posibilidades de la razón práctica. Pero las racionalidades prácticas que se popularizaron especialmente en el último tercio del siglo XX, siguieron ancladas en los supuestos básicos de la mentalidad científica anterior: un único método porque sólo hay que estudiar una materia homogénea que se despliega mediante dicotomías.

Si preguntamos sobre el por qué último de esta tendencia imperativista que uniformaba las manifestaciones de la vida jurídica bajo el modelo univer-

guided by experience and observation”. *Lectures...*, cit., p. 115. En esta misma página declara lúcidamente que “*Truth is always particular, thought language is commonly general*”.

Quien explicó más claramente para el gran público en qué consistía o cómo se formaba esta ciencia de las categorías formales del derecho, fue quizá C. KEMP ALLEN, en *Legal duties and other Essays in Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1931, pp. 1-30. Allen sólo exponía, sin aprobar, porque no compartía las tesis de esta escuela. Aunque como juicio de conjunto sobre esta corriente, James Bryce indicaba que no había nada claro en la Escuela Analítica. Vid. *Analytical School...*, cit., las críticas dispersas a lo largo del vol. II.

⁴⁶ Es difícil hablar de este reparto histórico de tareas entre la Teoría y la Filosofía del Derecho. Austin dijo querer hacer *Jurisprudence or Philosophie of Positive Law*, tomando este título de Gustav Hugo. Lo que Austin hizo realmente fue Filosofía del Derecho, no al estilo de Ahrens o Trendelenburg –quienes se perdieron en una maraña de declaraciones grandiosas, pretendidamente universales, al modo de la Ciencia de la Legislación– sino estudiando cada una de las instituciones jurídicas en su estructura interna según las necesidades a que correspondían y sus relaciones mutuas. Austin rechazó expresamente confundir esta nueva Filosofía del Derecho con la Ciencia de la Legislación en el Prólogo de sus *Lectures*, p. 31. En cambio, Holland no hizo este tipo de Teoría del Derecho, sino que tomando ejemplo de algunos juristas alemanes, diseñó los grandes trazos del Estado contemporáneo.

sal de la orden o del mandato, podemos responder con cierta verosimilitud que esto fue así porque los juristas necesitaban –a semejanza de los físicos– un *corpus certum* sobre el que trabajar con aire propiamente científico. Varios de los juristas alemanes de comienzos del siglo XIX –aquellos kantianos que historié en “La Cabeza de Jano”⁴⁷– se quejaban de la falta de un estatuto científico definido de la ciencia del derecho, y manifestaban el desprecio y las burlas que otros investigadores lanzaban sobre ellos⁴⁸. El camino metódico a seguir parecía claro: así como los físicos suponían los fenómenos homogéneos porque entonces entendían que procedían desde una materia única y por tanto idéntica a sí misma, los estudiosos del derecho imaginaron un mundo de solas voluntades que daban origen a las normas jurídicas, y pronto la palabra derecho fue sustituida por la de orden legal, que denotaba en mayor medida la naturaleza imperativa y unitaria del orden que establecía el derecho; esta tendencia llegó a su máxima expresión teórica con la *Reine Rechtslehre* de Kelsen, y más tarde con *El concepto del derecho* de Hart. También Dworkin, a su modo peculiar, se mueve en el interior de estas coordenadas.

Esta concepción del mundo jurídico presentaba la ventaja de que el derecho podía ser conocido en su conjunto por el ser humano sin grandes problemas, ya que las normas jurídicas, entendidas así, pasaban los filtros de la ciencia. Efectivamente, los actos de voluntad del legislador se pueden reconocer de acuerdo con los cánones de la cientificidad del método positivo, porque la voluntad es la potencia humana que permite al hombre actuar como causa eficiente en el mundo exterior; no olvidemos que la única causa que han admitido los materialistas es la causalidad eficiente. Desde este planteamiento aparecía claro el objeto que había de ser estudiado: aquello que era producido por la voluntad del hombre en tanto que *homo faber*. Un científico formado en otra filosofía hubiera podido añadir que en los temas humanos tan importante es la causalidad eficiente como la finalidad que mueve las actuaciones de las voluntades. Pero la introducción de una finalidad, aparte de la pobre *Zweckrationalität* weberiana, hubiera introducido un momento de racionalidad objetivamente válida, y todo lo que pretendiera ser objetivo más allá de los actos de voluntad, había de ser omitido.

⁴⁷ Editado por el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1989.

⁴⁸ Vid. una crítica extensa a lo largo de los *Juristische Fragmente* de J.A.L. Seidensticker, Göttingen, 1802. Fue tal la actitud de Seidensticker, que publicó anónimo este pequeño libro.

No se ocuparon del estudio del contenido de las normas, tema que entendieron que quedaba abandonado al azar de la razón humana en la historia. Como Kelsen no podía explicar las razones de las conductas concretas contenidas en cada norma jurídica –esto es, los principios morales o la utilidad social que las hacían crear– recurrió a un ingenuo molde inspirado en los neokantianos de moda a comienzos del siglo XX: el conjunto de normas que compone el ordenamiento jurídico *obliga* porque es conocido a través de una categoría pura a priori del Entendimiento, la del Deber-Ser⁴⁹. Seguía la vieja separación ilustrada (y también la de los kantianos y neokantianos) entre la naturaleza – que era vista como el reino de la causalidad o necesidad ciega y sin sentido– y el mundo humano, que era el reino de la libertad (si es que podemos hablar de libertad en este contexto doctrinal materialista). Realmente, en este tema inicial, Kelsen innovó poco más allá de los kantianos que estaban a caballo entre los siglos XVIII y XIX.

Pero esta presentación pretendidamente kantiana o neokantiana de la realidad jurídica presenta reparos, y de hecho lleva a dificultades metódicas que molestan demasiado al estudio de las facetas de las personas. Por ejemplo, algunos investigadores mantienen que “Tras la crítica kantiana a la cosa en sí” (que es el tópico en el que se refugian frecuentemente los que niegan el conocimiento de las vertientes semánticas de las regulaciones jurídicas) no podemos saber lo que es el hombre como persona, ni admitir cualquier dato

⁴⁹ Kant no se atrevió a tanto, y estas categorías –la del Ser y Deber ser– no figuraron en sus tablas de principios puros del Entendimiento o *Verstand*. Kant únicamente estableció, entre otros muchos lugares, que “Los cuerpos son simples fenómenos de nuestro sentido externo, no cosas en sí mismas”. *Crítica de la razón pura*, cit., A 357. En este tipo de declaraciones se refiere exclusivamente a la intuición de los cuerpos en el espacio, tal como los trata la geometría. Se ocupó de excluir al derecho de estas limitaciones en A 43-44, al escribir que “El concepto de *derecho*, del que el entendimiento sano hace uso, contiene indudablemente todo lo que la especulación más sutil es capaz de desarrollar a partir de él, pero en el uso común y práctico no se tiene conciencia de las diversas representaciones incluidas en este pensamiento. Por ello no puede decirse que el concepto común sea sensible ni que contenga un mero fenómeno, ya que el derecho no puede manifestarse, sino que tenemos su concepto en el entendimiento y representa una propiedad (la propiedad moral) de las acciones, una propiedad que pertenece a éstas en sí mismas. Por el contrario, la representación de un *cuerpo* en la intuición no contiene absolutamente nada que pueda pertenecer a un objeto en sí mismo, sino simplemente el fenómeno de algo y el modo según el cual ese algo nos afecta”. Sigo la traducción de la *Crítica de la razón pura* de P. Rivas, Alfaguara, Barcelona, 1988.

Más específicamente sobre este tema, vid. mi estudio “Nuestros utilitaristas malentienden a Kant”, en *El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectiva. Libro Homenaje al Prof. Juan José Gil Cremades*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, pp. 141-166.

que nos introduzca en las vertientes ontológicas de sus acciones⁵⁰. Pero, aparte de que Kant refutó expresamente lo expresado en esta frase, este modo de proceder tampoco encuentra apoyo en las nuevas metodologías científicas; los métodos de la física que prometían versiones filosóficas y comprensivas de lo existente, mostrando su necesidad según las leyes causales, han fracasado: Einstein, Planck, Heisenberg o Gödel se llevaron consigo la pretendida universalidad del método de Newton. Pero la reflexión sobre el derecho apenas ha asumido este cambio de la ciencia y el ser humano ha permanecido como una realidad inexplicable desde los esquemas físicos todavía hoy usados en las ciencias humanas, de modo que las aproximaciones intelectuales para la explicación o explicaciones de sus conductas siguen más bien impertérritas, porque sus conductas no son explicables desde los esquemas más básicos de Euclides, Descartes, o Newton, o desde las explicaciones tan extremadamente amplias de Maturana, Luhmann o Teubner. Y las filosofías del caos introducen un dogmatismo difícilmente aceptable para una persona con espíritu crítico⁵¹.

Estas líneas no implican afirmar que podemos conocer un orden del ser objetivo, etc., del tipo del que proponían Luis de Molina, Francisco Suárez y los escolásticos que les siguieron. Solamente indican que no disponemos ya de razones para mantener en el derecho un escepticismo del tipo del de Hume. Hoy, seguir las consecuencias de la mecánica de Newton, exasperadas por Hume, componen una cuestión de fe.

El ser humano permanece como una aporía a través de los métodos diversos ideados para explicarlo por el hecho que indican los geómetras, que distinguen entre un espíritu científico a razón metódica (alma de todo método), que lleva hacia la razón de ser de un teorema, y el espíritu demostrativo, que es el cauce elegido –siempre algo arbitrariamente– para encauzar los desarrollos teorematizados concretos en el interior de cada método. El estudio del hombre requiere ambos planos, el científico y el demostrativo, porque su racionalidad, llevada por el ideal científico, cuestiona una y otra vez las distintas razones demostrativas que idea la comunidad científica en cada momento. Thomas S. Kuhn captó magistralmente esta sucesión de métodos provocada por el siempre inquieto e insatisfecho ideal científico.

⁵⁰ Vid. el estudio de MUGUERZA, J. (ed.), *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1998. La mayor parte de los autores que componen este estudio niegan la posibilidad de afirmar que el hombre es un ser personal. El propio Muguerza se mueve entre ambigüedades.

⁵¹ Es bien conocido que estas teorías han de suponer un “estar dado desde el inicio”, y esto es objeto de fe, y no de ciencia.

Los partidarios de la autopoiesis humana no estarán de acuerdo con esta tesis, porque ellos entienden que la tecnología formada desde la información que ya posee cada sistema, se renueva indefinidamente con las agresiones que recibe desde su entorno, de modo que los sistemas ‘actualizan’ sus capacidades continuamente; esta información siempre puesta al día permitirá que el hombre se vuelva a constituir y reconstituir indefinidamente; pero la carga de la prueba recae sobre ellos, porque carecen de alguna base científica sobre la que fundamentar esta esperanza; como ellos han montado sus explicaciones sobre lo que consideran el fracaso de los empeños por mostrar algún tipo de ontología, son ellos los que han de mostrar cómo las actitudes antiontológicas que se derivaron fundamentalmente desde Hume, pueden ser aún viables cuando el modelo científico sobre el que montaron sus teorías Hume o Kant ha perdido su validez universal. Luhmann expone explicaciones especialmente bien trabadas conceptualmente, que se ajustan de forma admirable a lo que pudiéramos llamar el sentido común actual, compuesto fundamentalmente por lo que queda del espíritu del antiguo mecanicismo; su estilo es conciso y convincente; refleja magistralmente lo que ha quedado en el corazón después del naufragio de Newton o Laplace. Pero este teórico no aporta ningún sistema científico determinado, a no ser que digamos que es vagamente autopoietico según esquemas simplemente binómicos, etc. Cuando encuentra dificultades propiamente científicas, simplemente las niega, sin estar en condiciones de mostrar los motivos para su negación; por ejemplo, tropieza con la dificultad de Gödel: que todo sistema teorematizado suficientemente desarrollado contiene necesariamente contradicciones, estén o no expresadas en él; como Luhmann escribe según el esquema mecánico-sistemático en el que no pueden existir antinomias, no puede aceptar que su teoría pueda ser contradictoria, y señala sin más explicaciones que es preciso luchar contra la *gödelización* de la ciencia⁵².

HOMOGENEIDAD Y CRITERIOS DE JUSTIFICACIÓN

Como quedó apuntado, el investigador considera excesivamente grosero el intento de comprender el derecho desde un solo contexto de justificación. Es cierto que muchos se sienten más seguros cuando disponen

⁵² Vid. *Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia*, trad. de J. Beriain y J. M. Blanco, Trotta, Madrid, 1998, p. 66

de un criterio único, del tipo de la *rule of recognition* de Hart, que otorga validez a determinadas disposiciones. Pero un criterio así es insuficiente⁵³. El investigador piensa que en el lugar de tal contexto solitario, es preferible situar en cada caso un criterio de representación *ad hoc* que se ajuste mejor (y simplemente de *mejor* manera⁵⁴) a cada una de las distintas manifestaciones de los movimientos de los seres humanos. Distingue entre contexto de presentación, que sería lo concretamente expuesto en los libros sobre el derecho, y los diversos criterios de las representaciones. Porque Habermas puede presentar como improcedentes moralmente la segregación racial y los préstamos con intereses excesivamente altos; pero los contextos de representación que llevan a condenar ambas conductas son necesariamente distintos y no pueden ser explicados unitariamente desde la igualdad que subyace a su pragmática lingüística.

Ningún investigador puede pretender exponer la verdad absoluta de su visión del derecho, porque las nociones formales que operan en toda ciencia, trabajan de un modo –igual en la física como en el derecho– que podríamos llamar imprecisamente *dialéctico* o, quizá con más precisión, *tópico*. Sucede que ante la lógica, las cosas son, no son, o pueden ser: Max Planck lanzó la lógica ser, no ser, poder-trivalente, con la oposición de Einstein, más conservador, que sólo admite la lógica basada en el ser/no ser. En el derecho no cabe la lógica simplemente binómica; si se la admite, las categorías lógicas se proyectarían sobre lo percibido normándolo sin residuos o excepciones⁵⁵, y si queda algo sin explicar, el lógico declara que esas cosas constituyen aporías que han de quedar al margen del método científico. Pero esto implica apartarse del camino científico, es decir, de la siempre previa razón metódica demostrativa, porque el proceder tópico o dialéctico, más ajustado a los derroteros de la matemática, la geometría o la física actuales, muestra que las nociones formales

⁵³ Vid mi estudio “¿Regla de reconocimiento o contexto de reconocimiento?”, en *El positivismo jurídico a examen. cit.*, pp. 171-198.

⁵⁴ GONSETH, *Mon itinéraire...*, cit., p. 412, excluye los juicios de verdad y propone juicios de idoneidad.

⁵⁵ Un hecho histórico especialmente ejemplar de esta exigencia fue la discusión decimonónica sobre las lagunas en el derecho. Zitelmann hubo de ocuparse de examinar trabajosamente el derecho positivo para mostrar lo evidente: que, al menos, existen regulaciones jurídicas que no acaban de ser completas de acuerdo con sus propios planteamientos. Es una cuestión que hoy nos parece ridícula, pero que muestra hasta qué punto las mentes se dejan arrastrar por las modas académicas.

no gozan de lo que usualmente se entiende como validez ‘universal’; sucede que, simplemente, a veces esas nociones formales han de ser aplicadas en toda su extensión, y a veces no deben ni ser tenidas en cuenta.

Esta necesidad de admitir la contingencia de las nociones más formales se muestra claramente en el momento de afirmar el carácter imperativo del derecho: a veces habrá que reparar en que una disposición es realmente una norma, de paternidad bien definida, introducida sólo o ante todo por el acto de la voluntad concreta de un legislador, y otras veces tendremos que admitir que nos encontramos ante una regla que no se deja definir ni describir adecuadamente por el hecho de que componga parte de una ley.

Podría parecer que hoy es ociosa la crítica a la unidad o uniformidad científica, porque la Edad Postmoderna insiste en la fragmentación de lo existente y por tanto de la razón que lo conoce (Lipovetski), en el pensamiento débil (Vattimo), o en la derrota de la razón (Finkelkraut). Pero estas propuestas siguen el ritmo de los tiempos, según la moda académica exhibida ahora fundamentalmente por Luhmann; desde luego, el diálogo actual, o lo es con Luhmann, o tendrá poca relevancia. No sucede que Luhmann sea enteramente original, pero ha radicalizado algunas tesis de Bertalanffy en un lenguaje convincente para el sentido común que ha sobrevivido a los moldes veteromecánicos pero sin trascenderlos. No se superan los moldes veteromecánicos porque siguen basándose excluyente en la causalidad eficiente, en los esquemas binarios, y este conservadurismo científico *ad omnes usos* (pues Luhmann pretende explicar la génesis de las galaxias, la de las colonias de hormigas termitas y la sociedad humana) parece hoy un tanto trasnochado.

Es lógico que nos preguntemos si las teorías sistémicas se dirigen realmente a resolver fragmentaciones o complejidades. Porque estos autores sistémicos hablan continuamente de ‘reducir la complejidad’, y hoy todo conjunto conceptual que ayude en tal empresa reductiva es visto con buenos ojos. Sin embargo, no cabe hablar de tal complejidad en las teorías sistémicas, aunque de hecho este pensamiento insista en la tarea de reducir la complejidad de cada sistema para que todos dispongan de la información adecuada para responder a las incitaciones del entorno. Esta terminología no es honesta: estas teorías no reconocen ni la pluralidad ni, en consecuencia, la complejidad: ellas solamente tienen ante la vista a un misterioso elemento –tan misterioso como omniabarcante– que reacciona de formas binómicas a los estímulos del entorno de acuerdo con la información de igual naturaleza (siempre el binomio) que

posee en ese momento cada sistema⁵⁶. Henri Bergson denunciaba este pensamiento biológico-mecanicista que se encarga de hacer coincidir la adaptación pasiva del *milieu* y la adaptación activa del organismo⁵⁷. Permanecen bajo el antiguo mito materialista que insiste en la unidad de lo existente, tanto en su constitución como en las estructuras de sus funcionamientos, únicamente diferenciadas por el más y el menos de un misterioso y único protoelemento.

Este estilo de pensamiento no sabe de Matemáticas y permanece en la simple Aritmética. Antes hablaba de la igualdad (aritmética) en las bases de los constructos propuestos en estos tres últimos siglos, y señalaba que la razón cuando quiere actuar por sí sola sin pedir prestado nada a cualquier otra instancia, no sabe remontar esta ley simplista sobre la igualdad. Pero lo cierto es que la razón, para ser tal, de hecho y continuamente, sale fuera de sus pequeñas reglas lógicas para adquirir contenidos materiales o sustantivos; si alguien se empeña en reducir la racionalidad a la igualdad implícita en el lenguaje, o al igual *selfish* de los hombres, o la información adquirida aleatoria y binómicamente en los *inputs/outputs* de todo organismo vivo ante las irritaciones que le llegan desde su entorno, hace trampas, porque de hecho los fundamentos de la mayor parte de las argumentaciones teóricas de la ciencia que piensa así desbordan estas exigencias. Si fueran sinceros, deberían indicar que propugnan un muy pequeño sector de las matemáticas de conjuntos, ya que desde este tipo de matemáticas los hombres podemos ser considerados iguales *tout court* solamente desde algunos respectos: somos ciudadanos, mayores de edad, o profesores de Universidad. Al seguir un único punto de vista, el razonamiento puede presentarse, ciertamente, como sistemático, gracias a su simplismo.

SE ABRE UN MOMENTO MÁS POSITIVO: LOS MOVIMIENTOS DISTINTOS DE LAS PERSONAS

Si no aceptamos la sola ley del único movimiento siempre igual, abandonamos la Mecánica y entramos por los campos de la Biología. No es lícito hablar del movimiento en general, porque este concepto implica una abstracción

⁵⁶ Vid. LUHMANN, *Complejidad y Modernidad...*, cit., pp. 59-62.

⁵⁷ Vid. "Matière et mémoire. Essai sur la relation du corps à l'esprit", en *Œuvres*, PUF, Paris, 1959, p. 555.

excesiva⁵⁸. Esta noción unitaria fue discutida –en tanto que unitaria– antes de comenzar la Edad Moderna. Platón se inclinaba por un Cosmos ordenado de acuerdo con un plan único, siempre de arriba a abajo. Pero Aristóteles reconocía seres concretos que devienen ellos haciendo realidad las formas de sus movimientos; la explicación de Aristóteles no pretendía ser una teoría de la naturaleza en su conjunto, ni del elemento común a todas las cosas, sino una teoría de las naturalezas de las cosas individuales, es decir, de los movimientos de cada ser. Su discípulo, Tomás de Aquino, distinguía cuidadosamente la forma –que es aquello por lo que un pino engendra otro pino– de la *natura*: ésta era el principio interno animador del movimiento de cada cosa⁵⁹. El deseo de cada ser que tiende a la plenitud de su vida constituye el núcleo de esta concepción de la vida⁶⁰. La variedad de las formas del deseo hace de la naturaleza un concepto marcadamente analógico⁶¹.

En el plano de la ética, la persona es el titular último de sus acciones, y estas acciones son realmente distintas porque responden a movimientos distintos de los mismos hombres. No se trata de aludir a los movimientos distintos de las distintas personas, sino a los diversos movimientos necesarios en cada ser humano. Quien entienda que los argumentos que es preciso dar a un ladrón vulgar, a un funcionario que comete cohecho o a un conductor imprudente han de ser argumentos *necesariamente* distintos, estará en condiciones de entender esta variedad de los movimientos humanos. Personalidad y diversidad se fun-

⁵⁸ Tomás de Aquino explicaba que no podemos hablar de la vida, porque así como la carrera no es distinta del acto mismo de correr, la vida es lo mismo que los actos de vivir. Vid. *Suma teológica*, I, q. 18, art. 2.

⁵⁹ "Respondeo dicendum, quod, sicut Boetius dicit in libro de duabus naturis, et Phil. in 5. Metaph. natura dicitur multipliciter. Quandoque enim dicitur principium intrinsecum in rebus mobilibus. Et talis natura est vel materia, vel forma materialis". *Suma teológica*, I-II, q. 10, art. 1.

⁶⁰ Popper escribe que: "La situación es la siguiente: la teoría precede a la observación. La teoría puede en verdad ser influida por medio de observaciones. Tomemos como ejemplo un niño recién nacido: espera ser protegido, cuidado y alimentado. Naturalmente, no quiero decir que lo espere conscientemente, pero el organismo está enfocado a ello, el organismo lo espera, y esta esperanza del organismo, esto es, la esperanza inconsciente o no formulada, precede sin lugar a dudas a la esperanza consciente y formulada lingüísticamente. Y las esperanzas se corresponden con el ámbito de las teorías, hipótesis, prognosis, formuladas lingüísticamente. Esto significa, con otras palabras, que la función biológica de una esperanza se corresponde casi exactamente con la función biológica de una teoría. Naturalmente, una teoría tiene también otras funciones". *Sociedad abierta, universo abierto*, trad. de S. Mas, Tecnos, Madrid, 1984, p. 32.

⁶¹ Análogo quiere decir, en este contexto, que una realidad no es completamente distinta de otra. Para algunas de estas explicaciones, vid. VIOLA, F., *De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la ética contemporánea*, trad. de V. Bellver, Comares, Granada, 1998, pp. 81-86.

den: no podemos pensar en el derecho en una pluralidad de movimientos vitales sin personas, ni en personas sin movimientos plurales. Los constructos ignoran a las personas como tales y, por tanto, a su diversidad de tendencias vitales. Ya indiqué que para negar esta pluralidad les fue necesario declarar homogéneo todo el mundo humano, según sus preconceptos materialistas.

Si no tenemos en cuenta esta última advertencia, es lógico que se nos oculte esta variedad de las formas de los movimientos y deseos en las definiciones y descripciones omnicomprendivas del derecho, que insisten monótonamente en las normas jurídicas y en los principios del derecho, pero sin atreverse a mostrar algún acceso del entendimiento a las realidades distintas expresadas en esos principios o normas. Es cierto que desde la difusión de la mentalidad representada por la obra de Dworkin, los estudiosos aluden ahora a unos principios jurídicos que parecen reconocer la diversidad de las formas jurídicas; pero esto es un espejismo, porque tales principios, al carecer de referencias ontológicas, esto es, de las referencias necesarias a las diferentes facetas de las personas que buscan vivir como tales, se disuelven retóricamente en el siempre monótono polvo que levanta la Constitución actualmente vigente en cada una de sus andaduras. Es revelador que de los tres principios informadores del orden jurídico que reconoce la Constitución española vigente, los de igualdad, libertad y justicia, el Tribunal Constitucional alegue continuamente el de igualdad; en menor medida el de libertad individual, y de la justicia pasa inadvertido. Para esta mentalidad, la madre debe cuidar de sus hijos, el conductor debe conducir con prudencia, y el profesor debe preparar sus clases para cumplir todos ellos con la exigencia de la igualdad. Al parecer, los jueces del Alto Tribunal tienen miedo de ser tachados de iusnaturalistas si aplican las exigencias distintas de la justicia y, si consecuentemente con esta comprobación, indican en alguna sentencia que el fundamento del deber de pagar los impuestos es *realmente* (de ‘res’, cosa) distinto del fundamento del deber de cumplir la palabra dada; serán tachados de fundamentalistas.

¿Es lícito pedir sin más la consideración de las vertientes ontológicas de las acciones, como exigiéndolas por una cuestión de principios? Si reitero un tema ya aludido, vemos que Saumells explica que una realidad es la razón metódica y otra la razón demostrativa⁶². La razón metódica responde al espíritu

⁶² Las primeras cincuenta páginas de *La ciencia y el ideal metódico* están dedicadas más expresamente a dilucidar esta escisión en el conocimiento.

científico, que es el que lleva a diseñar los métodos desde los que abordamos los estudios de los objetos. La razón demostrativa es más modesta: se aferra a los modelos teoremáticos que ya conoce tratando de sacarles el mayor partido; el científico que permanezca en este momento de la ciencia, por miedo, por incompetencia o por prejuicios, tendrá que declarar aporéticas las cuestiones a las que él no sabe responder, y poblará la ciencia con nuevos misterios⁶³. Lo que es un problema serio en el derecho: porque ninguno de nosotros sabe lo que es el tiempo o el espacio: pero todos podemos saber que el tren de la tarde para Sevilla sale de Jerez a las 16,45. La razón metódica, tal como se muestra en nuestra cotidianidad, desborda a la razón demostrativa. Si algún científico quiere aferrarse al simple momento de la justificación, echando mano de sus limitaciones metódicas, habrá que declarar que no es cierto, o que no constituye una verdad de carácter científico, que ese tren salga de Jerez a las 16,45. En tal caso debe revisar su noción de ciencia.

Hablo del ocultamiento de la variedad que es hecho posible gracias a aquellas primeras limitaciones puestas en virtud del método, porque si la racionalidad que de hecho está en la base de cualquier metodología científica muestra que no coinciden el método que trata de normar la recepción cognoscitiva de las experiencias, y las experiencias mismas, el espíritu científico ha de imponerse sobre el momento simplemente metódico: el intelecto o *intellecto* o *ratio* ha de imponerse a la razón⁶⁴. El científico es siempre un investigador vinculado al material duro que él ha de explicar fatigosamente; el hecho de que él supere a veces las explicaciones anteriores, y que a su vez sus explicaciones hayan de estar abiertas para ser superadas por otras, no quita un ápice de verdad a esta realidad. El único sector de la física en el que coinciden las lucubraciones matemáticas con el material que ha de ser estudiado es la óptica; pero algunos científicos cuestionan, y no en valde, si este saber constituye un verdadero momento de la geometría, o si debe ser expulsada de ella.

La imposición del ámbito científico sobre el metódico hace que el deseo de saber del estudioso no quede nunca satisfecho, porque los desarrollos teo-

⁶³ Según Gonseth, el investigador que abandona el espíritu científico y se refugia en un sistema previo a su búsqueda, hace de su teoría una *philosophie nécessaire*, y ha de declarar insolubles los problemas que no se ajustan a las restricciones iniciales puestas por el investigador. Vid. *Mon itinéraire...*, cit., pp. 25 y ss.

⁶⁴ Tomás de Aquino explicaba que una realidad es el intelecto y otra la razón: el intelecto intuye y la razón sólo discurre. Vid. *Suma teológica*, I, q. 59, art. 1.

remáticos nunca están a la altura de sus conceptos, ni siquiera a la altura del método; el investigador sabe que ha llegado hasta el final, y que ha conseguido la demostración, pero no acaba de entender la razón de su discurso, y siempre le queda la insatisfacción que surge desde la conciencia de su insuficiencia⁶⁵. Desde luego, todo concepto queda por debajo de su propio nivel cuando es aplicado, como experimentan amargamente los geómetras.

Sin duda alguna, nadie puede pretender que su explicación esté libre de impugnaciones, pero obtenemos un campo común, más de entendimientos que no de disensiones, si permanecemos fieles a la cotidianidad del derecho, esto es, al derecho positivo y a las nociones y a la *protheoria* que animan a estas manifestaciones jurídicas de la vida en su nacimiento y alcances. Porque si preguntamos qué es el derecho y se nos dice que el derecho es el mandato del soberano, la regla creada por el juez, una predicción sobre el uso futuro de la fuerza, un módulo de la conducta social, etc., nosotros tenemos el derecho de preguntar para qué sirve esa definición, y entonces –escribe Fuller– se nos contesta: “Why, no purpose, except to describe accurately the social reality that correspond to the word *law*”. Claro, el investigador siempre puede decir: “But it doesn’t look like that to me”, the answer come back, “Well, it does to me. There the matter has to rest”⁶⁶.

Fuller tiene razón, no se puede contestar que “the matter has to rest” porque tenemos el derecho de preguntarnos para qué sirve –y por tanto de donde provienen los distintos fundamentos de los poderes del padre sobre sus hijos, del capitán sobre su barco, el del policía sobre los ciudadanos, y si no lo hiciéramos abdicaríamos de nuestra condición racional. No es un problema de considerar residuos jusnaturalistas o metafísicos, sino de fidelidad al derecho que usamos cotidianamente, que hemos de explicar según categorías racionales, no fingidas, o postuladas por falta de explicación convincente. Muchos postulados toman lo ausente como signo de presencia y concluyen que una barca de pesca encontrada recientemente en el mar de Tiberíades ha de ser la barca de San Pedro porque no se ha encontrado la barca de Pedro. Hay una justicia ya dada, pre-teórica –tema en el que insistió MacIntyre hablando de los conceptos normativos– que antecede necesaria-

⁶⁵ Así, SAUMELLS, *La geometría euclídea...*, cit., p. 18. Esto explica por qué, aún usando un mismo método, los resultados son distintos; pues, pese a encuadrarse en el ámbito ‘positivista’, las doctrinas de Bergbohm, Nawiasky, Kelsen o Hart son diferentes.

⁶⁶ “Positivism and fidelity to law---A reply to Professor Hart”, en *Harvard Law Review*, vol. 71, p. 631.

mente a la reflexión ética⁶⁷. Porque cada poder jurídico o moral no puede ser sino la función de una necesidad concreta, y si un poder práctico –es decir, en el marco de la filosofía práctica– no sirve a la resolución de una necesidad humana, entonces la razón manda que se lo considere prepotencia. Algunos entienden que hablar de conceptos normativos pre-positivos no es una actitud seria en la explicación del derecho. Los que piensan así deberían considerar que nos movemos en todas las ciencias con conceptos pre-positivos; por ejemplo, las figuras geométricas son privilegiadas porque van precedidas de un conocimiento preciso de sus objetos ante el sujeto⁶⁸.

Si prescindimos de la visión del mundo del derecho propia del Iluminismo, la persona atenta a lo que percibe, no observa modificaciones simplemente binómicas que estén en condiciones de ser atribuidas a una sola proto-realidad, sino tendencias humanas realmente diversas que originan problemas igualmente distintos. Porque toda mutación binómica es necesariamente excluyente –explicaba Bergson– y si tomamos esta idea como la guía para explicar la evolución, más bien parece exterior a lo que estudiamos y, desde luego, no da razón de la formación de los sistemas complejos⁶⁹. Efectivamente, el ser humano, que se mueve tras finalidades distintas precisamente porque tiene ante él problemas diferentes, se hace dirigir por patrones de conducta que no sólo tienen metas diversas, sino estructuras igualmente desiguales porque responden a aquellas finalidades distintas. Esto es incomprensible para el espíritu que está dominado por las exigencias del Sistema⁷⁰. El equipo de investigación

⁶⁷ En su obra más conocida, *Tras la virtud*, ya cit., en p. 83, sienta reiteradamente su tesis básica: “El uso de *hombre* como concepto funcional es más antiguo que Aristóteles y no deriva inicialmente de la biología metafísica de Aristóteles. Radica en las formas de la vida social ... Con arreglo a esta tradición, ser un hombre es desempeñar una serie de papeles, cada uno de los cuales tiene entidad y propósitos propios: miembro de una familia, ciudadano, soldado, filósofo, servidor de Dios”. Expone sus explicaciones sobre el “concepto funcional” en las páginas 81 y ss. de esta obra, e insiste frecuentemente (ver, por ejemplo pp. 254-255), en el carácter intencional de las acciones que hace que el concepto de acción sea secundario respecto al de acción inteligible.

⁶⁸ Vid. SAUMELLS, *La geometría euclídea...*, cit., p. 33.

⁶⁹ Vid. “Matière et mémoire”, en *Œuvres*, cit., p. 542.

⁷⁰ Desde el punto de vista del sistema, Jhering escribía: “So gestaltet sich denn die Aufgabe, der wir uns im folgenden zuwenden, zu einer Systematik der menschlichen Zwecke. Ich sage Systematik. Das soll heißen: ich will diese Zwecke nicht bloß äußerlich nebeneinanderstellen, sondern ich will der Versuch machen, den inneren Zusammenhang, in dem sie untereinander stehen, aufzudecken, wie einer an den andern anknüpft, der höheren an den niedern, und nicht bloß anknüpft, sondern in der Konsequenz seiner selbst mit zwingender Notwendigkeit den andern aus sich hervorteilt”. *Der Zweck im Recht*, Leipzig, 4ª ed., 1904, vol. I, p. 43.

en el que me integré hace años estudiaba la regulación jurídica de Internet, y también me interesé –al filo de un estudio de una compañera– por los problemas que plantea el usufructo de una finca hipotecada: es difícil encontrar unos conjuntos de *input/output* que sean comunes –ni siquiera en sus estructuras– a ambos tipos de estudios. Al movernos en el plano medio de la realidad que es propio del derecho, el jurista no tiene necesidad de preocuparse por las profundas cuestiones que tanto interesaban a Helvetius, Hume, Condorcet o Laplace; él se mueve en una realidad simultáneamente alejada de las profundidades de los que se ocupan de los fundamentos de la física y de las superficialidades de los que toman al *selfish* como criterio máximo para calcular las adecuaciones de las acciones humanas.

Quien quiera entender la diversidad de las cosas estará en condiciones de saber que uno es el momento de beber vino fino, y otro el de tomar una copa de vino abocado. Vivir en Jerez enseña esto ya que, como comprobamos, las distintas formas recaen también sobre el arte del vino.